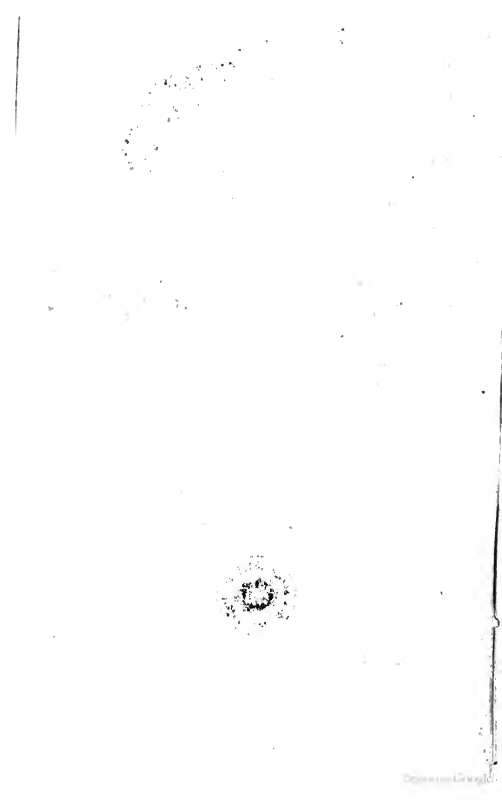






Preußisches Erbrecht,

in Glossen zum Allgemeinen Landrecht

auf

römischer und germanischer Grundlage,

unter

Berücksichtigung der neueren Gesetzgebungen

dargestellt

von

Dr. J. A. Gruchot,

Appellationsgerichts-Rath in Hamm.

Zweiter Band.



Berlin.

G. Grote'sche Verlagsbuchhandlung.

1866.



Vierter Abschnitt.

Von einseitigen letztwilligen Verfügungen: Testamenten und Codicillen.

Allgemeines Landrecht Th. I. Tit. 12.

(Fortsetzung.)

Von besonderen Arten der Vermächtnisse:

a. Künftige Sachen:

§ 373. «Hat der Testator Jemandem ausdrücklich eine künftige Sache vermacht, so muß ihm der Erbe diese Sache, sobald sie zur Wirklichkeit kommt, gewähren.»

207. Maecian. l. 17 pr. D. de leg. 3: Etiam ea, quae futura sunt, legari possunt, ut insula vel in mari vel in fluminibus enata.

Pompon. l. 24 pr. D. de leg. 1: Quod in rerum natura adhuc non sit, legari posse, veluti: „quicquid illa an illa peperisset," constitit, vel ita: „ex vino, quod in fundo meo natum est," vel „foetus tantum dato." [1])

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landrecht von 1610 Th. III Tit. 22 § 2: „Item die Ding, so noch nicht im wesen, sonder verhoffentlich noch werden mögen, als da seind künftig wachsende früchte, die mögen legirt und gesetzt werden. Und ist der erb dieselben, wann sie vorhanden und erwachsen, zu entrichten schuldig." [2])

Proj. Corp. Jur. Frideric. Th. II von 1751 Buch 8 Tit. 2 § 20: „Es kann auch der Testator die Hoffnung (spem) legiren, z. E. wann er ein Ding legiret, welches ihm sub conditione versprochen worden: oder welches der Feind geraubet hat; weil er einige Hoffnung hat, das Ding jure postliminii zu recuperiren . . . Dergleichen Legatum spei ist auch, wann der Testator fructus nascituros legiret; dann wann keine Früchte gewonnen werden, darf auch der Erbe keine praestiren."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 24: „Zukünftige Dinge, welche noch nicht wirklich existiren, sondern nur angehofft werden, z. E. künftige Feldfrüchte, oder Fischzüge u. dergl. mag man eben-

---

[1]) § 7 J. de leg. (2, 20): Ea quoque res, quae in rerum natura non est, si modo futura est, recte legatur, veluti fructus, qui in illo fundo nati erunt, aut quod ex illa ancilla natum erit.

[2]) Wörtlich übereinstimmend: Revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 3.

falls so weit, als sie des Vermächters Disposition unterworfen sind, legiren, und wird das Legat quoad Effectum Transmissionis, wie andere überhaupt pro puro gehalten, kann aber gleichwohl so lange nicht gefordert werden, bis der Casus existirt, und wenn die angehofften Feldfrüchte zum Theile, oder gar nicht wachsen, so ist der Erbe nicht einmal den Werth für das Zurückgebliebene zu vergüten schuldig, es sey denn eine gewisse Quantität Früchte legirt, und annebens der Grund nur Demonstrationis gratia ausgezeigt."

---

b. Eigene Sachen des Erben.[1])

§ 374. «Auch das besondere Eigenthum des eingesetzten Erben kann der Testator einem Dritten vermachen.»[2])

§ 375. «Bei einem solchen Vermächtnisse kommt es nicht darauf an: ob der Testator gewußt hat, daß die Sache dem Erben gehöre.»

§ 376. «Gehört die Sache einem von mehreren Miterben, und das Vermächtniß ist nicht ausdrücklich diesem allein auferlegt, so muß ihm der gemeine Werth der Sache aus der Erbschaftsmasse ersetzt werden.»

208. § 1 J. de sing. reb. per fideic. (2, 24): Potest autem non solum proprias res testator per fideicommissum relinquere, sed et

---

[1]) Menoch. de Praesumt. Lib. IV praes. 117. Re heredis a testatore legata, an et quando legatario res ipsa debeatur, vel saltem ipsius rei aestimatio.

Arndts in Weiske's Rechtslex. VI. S. 310. Seuffert, Archiv VII. 74.

[2]) Die Frage, ob auch der Beneficialerbe ein Vermächtniß, dessen Gegenstand seine eigene Sache sei, anzuerkennen habe, wird von Mühlenbruch, (Forts. des Glück'schen Comm. B. 41 S. 382, 383) aus folgenden Gründen bejaht: „Die Wirksamkeit solcher Anordnungen ist im Allgemeinen davon abhängig, daß der Erbe dafür aus der Erbmasse entschädigt wird. Dies ganze Rechtsverhältniß ist also nicht aus der Repräsentativqualität des Erben, oder der Confusion des beiderseitigen Vermögens abzuleiten, wie es denn ja auch für andere Onerirte gilt, fällt mithin bloß wegen nicht eintretender Vermögensconfusion noch keineswegs weg. Ist daher der Beneficialerbe wirklich entschädigt, so muß er solches Vermächtniß anerkennen, ganz ebenso, wie ein in ähnlicher Art belästigter Vermächtnißnehmer, wenn er das Vermächtniß angenommen hat und aus dem Nachlaß entschädigt ist. Hier also genügt es, daß der Erbe die Erbschaft angetreten hat, gleichviel, welche besondere Wirkungen sonst für ihn aus dieser Antretung entstehen."

Der hier angedeutete Gesichtspunkt, daß der mit einem solchen Vermächtnisse Beschwerte (er sei Erbe oder Legatar) in dem ihm Zugewendeten seine

heredis, aut legatarii, aut fideicommissarii, aut cujuslibet alterius. Itaque et legatarius et fideicommissarius non solum de ea re rogari potest, ut eam alicui restituat, quae ei relicta sit, sed etiam de alia, sive ipsius, sive aliena sit . . .

l. 25 C. de fideic. (6, 42): Heredum etiam res proprias per fideicommissum relinqui posse, non ambigitur.

Papin. l. 67 § 8 D. de leg. 2: Si rem tuam, quam existimabam meam, te herede instituto, Titio legem, non est Neratii Prisci sententiae, nec Constitutioni locus, qua cavetur, non cogendum praestare legatum heredem. Nam succursum est heredibus, ne cogerentur redimere, quod testator suum existimans reliquerit. Sunt enim magis in legandis suis rebus, quam in alienis comparandis et onerandis heredibus faciliores voluntates, quod in hac specie non evenit, quum dominium rei sit apud heredem.[1])

Julian. l. 86 § 3 D. de leg. 1: Si fundus ab omnibus heredibus legatus sit, qui unius heredis esset, is quidem, cujus fundus esset, non amplius, quam partem suam praestabit, ceteri in reliquas partes tenebuntur.

Entschädigung findet, enthält die beste Widerlegung der von Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts (Leipzig, 1861) S. 199 aufgestellten Ansicht: Wenn das Testament eine Vermögensübertragung wäre, so würde der Testator niemals dazu kommen können, über das selbständige Eigenthum des Erben zu disponiren. Da aber der Begriff der Erbeinsetzung vielmehr der ist, einen andern subjectiven Willen als die Fortexistenz und das identische Dasein des eigenen Willens zu setzen; so findet eben Willensidentität zwischen Beiden statt und der Erblasser wird also nothwendig ebenso Willensherr über das Vermögen des Erben, als dieser über das Vermögen des Erblassers.

[1]) Vergl. Erkenntniß des O. A. G. zu Lübeck vom 30. November 1835: In einer Rechtssache wurde die Frage angeregt, ob die Bestimmung der l. 67 § 8 cit. auch auf den Fall anzuwenden sei, wenn der Honorirte ebenfalls zum Erben eingesetzt worden. Es wurde behauptet, für diesen Fall müsse es bei der Regel bleiben, wonach zu der Gültigkeit eines legatum rei alienae jene Wissenschaft des Testators erfordert werde. Die hier versuchte Beschränkung der Anwendbarkeit der l. 67 § 8 ist aber ebenso sehr den ganz allgemeinen Worten dieses Gesetzes, als dem Grunde der darin enthaltenen Bestimmung zuwider; denn der letztere besteht darin, daß bei dem legatum rei heredis die Erfüllung der Verordnung für den oneratus weniger schwierig ist, weil er die Sache schon hat und nicht erst zu kaufen braucht; weshalb denn auf die Person des honoratus gar nichts ankommen kann. (Seuffert, Archiv V Nr. 39.)

Donell. com. de jure civ. Lib. VIII cap. 11 § 41: . . . Cum res aliena legata est, quam testator alienam esse ignoravit, idcirco ea non debetur, quia si deberetur, heres eam redimere cogeretur. Qua necessitate non videtur testator facile suos heredes onerare voluisse. Haec ratio cessat in re, quae est heredis. Eam enim heres de suo praestare poterit, neque redimere cogetur.

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landr. von 1610 Th. III Tit. 22 § 1. „Also mag auch ein jeder, welchem zu testiren erlaubt ist — auch seines instituirten erben — güter legiren und verschaffen . . .“

Proj. Corp. Jur. Frider. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 25: „Es kan der Testator auch dem Legatario Rem Haeredis, das ist, ein Ding, welches dem instituirten Erben eigenthümlich zugehöret, legiren, weil der Erbe factum testatoris praestiren muß.“

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 7: „Gehört die vermachte Sache dem Erben zu, so gilt 1mo das Legat, ungeachtet der Vermächter selbige Sache für die Seinige geachtet hat, und wenn sie etwa nur einem aus mehreren Erben allein zugehört, so entrichtet derselbe nur seinen Theil allein, und concurriren die anderen Miterben pro rata. Daferne auch ein anderer als der Erbe mit dem Legate onerirt ist, so hat es mit ihm die nämliche Beschaffenheit, wie mit dem Erben.[1])

---

[1]) Vergl. Oesterr. bürgerl. G.-B. § 662. „Das Vermächtniß einer fremden Sache, die weder dem Erblasser, noch dem Erben oder Legatar, welcher sie einem Dritten leisten soll, gehört, ist wirkungslos . . .“ § 649. „Die Vermächtnisse fallen in der Regel allen Erben, selbst in dem Falle, daß die einem Miterben gehörige Sache vermacht worden ist, nach Maß ihres Erbtheiles zur Last . . .“

Bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen § 2456. „Die Vorschriften in §§ 2451 bis 2455 finden analoge Anwendung, wenn der Gegenstand dem Beschwerten gehört; doch erwirbt der Bedachte nur die Befugniß, Uebertragung des Eigenthumes oder des Rechts zu fordern. Es ist gleich, ob der Erblasser bei Anordnung des Vermächtnisses wußte, daß der Gegenstand dem Beschwerten gehörte, oder ob er den Gegenstand irrig für den seinigen hielt.“

Vergl. dagegen Code civ. art. 1021. „Lorsque le testatenr aura légué la chose d'autrui, le legs sera nul, soit que le testateur ait connu ou non qu'elle ne lui appartenait pas.“

(Les Codes annotés de Sirey, edit. par Gilbert I. art. 1021 nr. 1. Le legs de la chose de l'héritier est nul comme legs de la chose d'autrui. Nr. 4. Au moins, le legs de la chose de l'héritier institué est-il valable lorsque ce legs est fait à titre de charge ou comme condition de l'institution de l'héritier. (Vergl. auch Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. 5. Aufl. IV. § 676.)

Der Großh. Hessische Entwurf eines bürgerl. G.-B. bestimmt Abth. III Art. 137. „Das Vermächtniß eines dem Erblasser nicht gehörenden Gegenstandes ist ungültig, wenn nicht aus dem letzten Willen erhellet, daß der Erblasser den Gegenstand als dem Beschwerten oder einem Dritten zugehörend gekannt hat. Unter dieser Voraussetzung kann der Erblasser dem Erben oder Vermächtnißnehmer aufgeben, an seiner eigenen Sache einem Dritten das Eigenthum zu übertragen, eine Dienstbarkeit oder ein Unterpfandsrecht zu bestellen . . .“

209. Wenn der Testator eine, wie ihm bekannt war, dem einen Erben gehörige Sache einem Dritten vermacht hat, so fragt sich, ob das Legat erloschen ist, wenn jener Erbe wegfällt. — Man wird hier unterscheiden müssen: Ist das Vermächtniß ausdrücklich nur dem Erben, welchem die Sache gehört, auferlegt, so ist anzunehmen, daß die Sache dem Legatar nur unter der Voraussetzung beschieden sei, daß Jener Erbe werde. Ist dagegen verordnet, daß dem Eigenthümer der Sache deren Werth aus der Erbmasse ersetzt werden soll, so liegt darin gleichsam eine der Erbmasse selbst auferlegte Verpflichtung, die Sache dem Legatar anzuschaffen. Diese Verbindlichkeit besteht fort, auch wenn der Eigenthümer der Sache nicht Erbe wird.

Wußte der Testator nicht, daß die vermachte Sache dem einen Erben gehörte, so ist mit dem Wegfalle dieses Erben das Vermächtniß erloschen, weil es wegen des Irrthums des Erblassers als legatum rei alienae nicht aufrecht zu erhalten ist.

210. Hat die Sache dem Onerirten zur Zeit der Errichtung des letzten Willens gehört, ist aber von ihm vor dem Ableben des Erblassers veräußert worden, so fällt das Vermächtniß weg. Umgekehrt ist das Vermächtniß gültig, wenn die Sache dem Onerirten zur Zeit der Errichtung des letzten Willens nicht gehört hat, von ihm aber vor dem Tode des Erblassers erworben worden ist.[1])

211. Im Falle des § 376[2]) ist die Klage aus dem Vermächtniß nur gegen den Eigenthümer der Sache anzustellen, da dieser allein die Uebergabe an den Legatar bewirken kann und daher auch allein dazu verpflichtet ist. Die übrigen Erben sind nicht dem Legatar, sondern nur dem Miterben zur Erstattung des Werthes der Sache aus der Erbschaft verpflichtet.

---

[1]) Siebenhaar, Comment. zu dem bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen III. S. 361.

[2]) Dieser Fall liegt allemal vor, wenn nicht die Vermächtnißanordnung ausdrücklich den Eigenthümer der Sache als den allein Beschwerten bezeichnet.

c. Fremde Sache.[1])

§ 377. «Hat der Testator Jemandem eine fremde Sache ausdrücklich vermacht,[2]) so muß der Erbe dieselbe dem Legatario zu verschaffen sich möglichst angelegen sein lassen.»

§ 378. «Will der dritte Besitzer der vermachten Sache dieselbe dem Legatario gar nicht, oder nur gegen unverhältnißmäßige Bedingungen überlassen, so muß der Erbe dem Legatario den durch Sachverständige ausgemittelten außerordentlichen Werth vergüten.»

§ 383. «Im zweifelhaften Falle wird niemals vermuthet, daß der Testator eine fremde Sache habe vermachen wollen.»

§ 384. «Wenn er also eine Sache, die wirklich eine fremde war, als seine eigene vermacht, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung.»

§ 385. «Kommt dem Testator nur ein gewisses Recht, oder ein Anspruch auf die Sache zu, so wird, im zweifelhaften Falle, nur dieses Recht, oder dieser Anspruch, für vermacht angenommen.»

212. § 4 J. de leg. (2, 20): Non solum autem testatoris vel heredis res, sed etiam aliena legari potest, ita ut heres cogatur redimere eam et praestare, vel si non potest redimere, aestimationem ejus dare . . . Quod autem diximus alienam rem posse legari, ita intelligendum est: si defunctus sciebat, alienam rem esse, non et si ignorabat. Forsitan enim, si scisset alienam, non legasset: et ita Divus Pius rescripsit. Et verius esse ipsum, qui agit, id est legatarium probare oportere, scisse alienam rem legare defunctum, non

---

[1]) Mantica de conject. ult. vol. Lib. VI tit. XI nr. 22. Legatum rei alienae quando valeat.

Id. Lib. IX tit. IX. Si res aliena fuerit legata, an aestimatio debeatur.

Menoch. de Praes. Lib. IV praes. 116. Re aliena legata, quando ex praesumta testatoris voluntate res ipsa praestanda sit, vel saltem ejus aestimatio.

Donell. com. de jure civ. Lib. VIII c. 11 § 38.

S. Stryk de caut. test. Lib. XX § 16. Legatum rei alienae.

Schilter Exercit. ad P. XXXIX § 24 sq.

[2]) Die Fassung und Wortstellung ist verfehlt. Es muß heißen: „— Jemandem eine Sache ausdrücklich als eine fremde vermacht —"

heredem probare oportere, ignorasse alienam, quia semper necessitas probandi incumbit illi, qui agit.[1])

§ 1 J. de sing. reb. per fideic. (2, 24): . . . Quum autem aliena res per fideicommissum relinquitur, necesse est ei, qui rogatus est, aut ipsam redimere et praestare, aut aestimationem ejus solvere.

Labeo l. 30 § 6 D. de leg. 3: Si aedes alienas ut dares damnatus sis, neque eas ulla conditione emere possis, aestimare judicem oportere, Atejus scribit, quanti aedes sint, ut pretio soluto heres liberetur. Idemque juris est, et, si potuisses emere, non emeris.[2])

Pauli sent. rec. IV, 1 § 7: Tam nostras res, quam alienas per fideicommissum relinquere possumus. Sed nostrae statim, alienae autem aestimatae aut redemtae praestantur. § 8. Si alienam rem tanquam suam testator per fideicommissum reliquerit, non relicturus, si alienam scisset, ut solet legatum, ita inutile erit fideicommissum.[3])

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 2 Art. 5: So einem ein fremd Gut, das des Testatoris nicht gewesen, geschaft wäre, so ist der Erbe schuldig, solch verschaft Gut zu erkaufen, und demjenigen, welchem es verschaft ist, zuzustellen, oder dafür den billigen Werth zu bezahlen, doch nicht anders, dann so der Testirer gewußt hätte, daß dasselbige Gut nicht sein gewest, welches im Fall des Zweifels derjenige, dem es geschaft worden, zu beweisen schuldig ist; so aber der Testirer nicht anders gewußt, dann solch Gut hätte ihm zugehört, ist das Legatum unkräftig.[4])

---

[1]) Der Schlußsatz stimmt wörtlich überein mit Marcian. l. 21 D. de prob. et praes. (22, 3).

[2]) Gaj. l. 14 § 2 eod.: Sed si cui legatum relictum est, ut alienam rem redimat, vel praestet, si redimere non possit, quod dominus non vendat, justam aestimationem inferat. Ulp. l. 71 § 3 D. de leg. 1: Qui confitetur, se quidem debere, justam autem causam affert, cur utique praestare non possit, audiendus est, ut puta si aliena res legata sit, negetque dominum eam vendere, vel immensum pretium ejus rei petere affirmet . . . Aequissimum est enim concedi ei ex hac causa aestimationem officio judicis praestare.

[3]) Die zu Gunsten gewisser Personen geltenden Ausnahmebestimmungen (l. 10 C. de leg. 6, 37, l. 6 C. de fideic. 6, 42. l. 72 D. ad C. Treb. 36, 1. vergl. insbes. Ranner, die her. instit. ex re certa S. 273 f. Note 40) hat unser Recht nicht aufgenommen. Die angeführten älteren deutschen Partikularrechte folgen auch hierin dem röm. Recht.

[4]) Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landrecht von 1610 Th. III Tit. 22 § 1. „. . . Da nun frembde güter wissendt gesetzt, ist der erb schuldig, dieselbe zu kaufen und so sie nit käuflich zu bekommen, oder je in übermäßigem werth, anstatt derselben den bräuchlichen und rechten werth dafür zu geben. Und geschieht solches alles, damit der letzte Will erhalten werde. — Doch wo der

Proj. Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 27: „Es kann auch der Testator Rem Alienam, das ist, ein Ding, welches ihm nicht zugehöret, legiren; wann nemlich der Testator gewußt, daß es res aliena sei. Welchenfalls der Erbe von dem Eigenthümer entweder das legirte Ding kaufen, und solches dem Legatario einliefern, oder demselben den Werth praestiren muß.

N. 1. Wann der Testator nicht gewußt, daß es res aliena sey, sondern geglaubet, daß ihm das legirte Ding eigenthümlich zustehe, kann das Legatum nicht gefordert werden, und darf der Erbe nicht einmal den Werth praestiren . . .

N. 2. Wann ungewiß ist, ob der Testator gewußt habe, daß das Legatum res aliena sey, muß der Legatarius scientiam testatoris erweisen."

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 9. „Gehört die vermachte Sache einem Dritten zu, und hat der Vermächter Wissenschaft hiervon gehabt, so muß sie der Erbe beyschaffen, oder, da solche um billigen Preis nicht zu haben ist, den Werth nach unpartheyischem Anschlage bezahlen; hat aber der Vermächter nicht gewußt, daß sie einem Dritten gehörig sey, so gilt das Legat nicht . . . Im Zweifel wird auch allezeit gemuthmaßet, daß der Vermächter keine Wissenschaft davon gehabt hat, daher muß der Legatarius dieselbe auf Widersprechen beweisen." [1])

213. Das den gesetzlichen Erfordernissen entsprechende s. g. legatum rei alienae ist seiner rechtlichen Bedeutung und Wirkung nach nicht als ein Sachvermächtniß (legatum speciei), sondern als Vermächtniß einer

---

verstorbene nicht gewußt, daß das legirt gut frembd, sondern vermeint es sey sein, ist solch legat unkräftig . . ."

Vergl. auch Kayserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Herzogth. zu Francken Th. III Tit. 43 §§ 1 ff.

[1]) Vergl. Oesterr. bürgerl. G.-B. § 662. „Das Vermächtniß einer fremden Sache . . . ist wirkungslos. Wenn aber der Erblasser ausdrücklich verordnet, daß eine bestimmte fremde Sache gekauft, und dem Legatar geleistet werden solle, der Eigenthümer hingegen sie um den Schätzungspreis nicht veräußern will, so ist dem Legatar dieser Werth zu entrichten."

Bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen § 2457. „Das Vermächtniß einer dem Stücke nach bestimmten Sache oder des Rechtes an einer Sache ist, wenn der Gegenstand des Vermächtnisses weder dem Erblasser, noch dem Beschwerten gehört, nichtig, ausgenommen, wenn der Erblasser wußte, daß der Gegenstand einem Dritten gehörte." § 2458. „War dem Erblasser bekannt, daß der Gegenstand einem Dritten gehörte, so ist der Beschwerte verpflichtet, den Gegenstand dem Vermächtnißnehmer zu verschaffen. Ist dieß für den Beschwerten unmöglich, weil der Dritte den Gegenstand nicht verkaufen will oder einen übermäßigen Preis fordert, so ist der ordentliche Preis, welchen der Gegenstand zur Zeit des Todes des Erblassers hat, zu gewähren."

Handlung aufzufassen.[1]) Denn es wird dadurch dem Beschwerten die Pflicht auferlegt, die bestimmte fremde Sache dem Legatar zu verschaffen, oder, falls dies überhaupt oder unter annehmbaren Bedingungen nicht möglich ist,[2]) ihm den angemessenen Werth[3]) derselben zu vergüten.

Diese in dem gedachten Vermächtniß von selbst enthaltene Auflage braucht nicht besonders ausgesprochen zu werden.[4]) Sie setzt

---

[1]) Vinnii sel. quaest. Lib. II c. 26: — et qui legat rem alienam, effectu de suo legare intelligitur, nempe heredem suum onerare, ut rem red mat et redemtam praestet, aut si id non potest, aestimationem inferat, qui hujus legati effectus est.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten § 208: „Zur Verschaffung fremder Sachen kann man Jemanden verpflichten, also kann man dieselben auch vermachen. Ist das Vermächtniß einer fremden Sache zuweilen ungültig, so liegt der Grund nicht in dem Mangel des Eigenthums, sondern in dem des Willens."

An einem solchen Willen fehlt es auch, wenn nach der bekannten Beschaffenheit der Sache von vornherein die Erwerbung derselben als unmöglich erscheint. Ulp. l. 89 § 8 D. de leg. 1: Si vero Sallustianos hortos, qui sunt Augusti, vel fundum Albanum, qui principalibus usibus deservit, legaverit quis, furiosi est, talia legata testamento adscribere.

[2]) Das gedachte Vermächtniß ist hiernach kein Wahlvermächtniß. Der Beschwerte ist dem Legatar zunächst zur Verschaffung der Sache verpflichtet. Erst wenn diese unter den obwaltenden, von dem Beschwerten nachzuweisenden Umständen nicht möglich ist, tritt der Werth an die Stelle der Sache. — Aus Billigkeitsgründen enthält der Großherz. Hessische Entw. Abth. 3 Art. 137 die Bestimmung: „— Der mit dem Vermächtnisse eines ihm nicht gehörenden Gegenstandes gültig Beschwerte hat die Wahl, den Gegenstand anzuschaffen und dem Bedachten zu überliefern, oder diesem den Werth desselben zu bezahlen."

Uebrigens macht sich der Benefizialerbe den übrigen Legataren verantwortlich, wenn er die vermachte fremde Sache für einen unverhältnißmäßig hohen Preis aus Erbschaftsmitteln anschafft. Vergl. Javolen. l. 61 D. ad L. Fal. (35, 2): Alienus fundus tibi legatus est; hunc heres quum emere nisi infinito pretio non posset, emit multo pluris, quam quanti erat, qua emtione effectum est, ut legatarii ad legem Falcidiam revocarentur . . . Respondit: quod amplius heres, quam pretium fundi, legatario solvit, id lege Falcidia imputari non potest, quia negligentia ejus nocere legatariis non debet, utpote quum is confitendo veram aestimationem praestare poterat.

[3]) Mit Recht gibt der § 378 dem Legatar Anspruch auf den außerordentlichen Werth. Denn soll derselbe für die Nichtbeschaffung der Sache volle Entschädigung erhalten, so kann diese nur in dem Werthe bestehen, den die Sache unter seinen Verhältnissen für ihn gehabt haben würde. (Vergl. § 114 Tit. 2 Th. I A. L. R.)

[4]) Vergl. Unger, österr. Erbrecht § 67 Note 12. Siebenhaar, Com. zum Sächs. G.-B. III. zu § 2458.

aber ihrer Natur nach nothwendig voraus, daß der Testator gewußt, die Sache sei eine fremde, also durch die vermittelnde Thätigkeit des Erben erst anzuschaffen.

Diese den Rechtsbestand des Legats bedingende Voraussetzung[1]) muß daher vor Allem feststehen[2]) und zwar nach unserem Recht aus der letztwilligen Verordnung selbst erkennbar sein.[3]) Hieraus folgt von selbst, daß bei diesem Vermächtniß es wesentlich auf die Sachlage zur Zeit der Testamentserrichtung ankommt.[4]) Hat jedoch der Erblasser eine

---

[1]) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung (Düsseld., 1850) S. 38: Auch eine Eigenschaft, welche der vermachten Sache beigelegt wird, kann Voraussetzung des Vermächtnisses sein. Darauf beruht die Unwirksamkeit des Vermächtnisses einer fremden Sache, welche man für die eigene gehalten hat.

[2]) Dernburg, das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heut. röm. Rechts I. (Leipz. 1860) S. 133 f. spricht sich hierüber dahin aus: Die röm. Juristen gingen von der Thatsache aus, die sich ihnen durch die Beobachtung des Lebens aufgedrängt hatte, daß der Testator sich leicht zur letztwilligen Vergabung von Sachen entschließt, die ihm oder seinem Erben gehören, daß er dagegen nur selten und ausnahmsweise zu einem Vermächtniß über die einem Dritten gehörende Sache bestimmt wird, welche der Erbe zu kaufen und dem Vermächtnißnehmer zu prästiren hat. Hielt daher der Testator die Sache des Dritten, welche er zum Vermächtniß bestimmte, für seine eigene, so annullirte man das Legat, da der Wille, etwas im Vermögen Befindliches wegzugeben, keineswegs mit der Auflage identisch schien, die Kosten eines Erwerbes gegen Geld zu tragen . . . Die Ausnahmestellung des Vermächtnisses einer fremden Sache führte noch weiter zu der auffallenden, auf den ersten Blick kaum erklärlichen Beweisregel, daß der Legatar die Kenntniß des Erblassers von der Sachlage zu beweisen hatte. Dies folgt keineswegs aus dem Grunde, den Marcian angibt, quia semper necessitas probandi incumbit ei qui agit (l. 21 D. de prob.), sondern rechtfertigt sich dadurch, daß das Vermächtniß einer fremden Sache nicht leicht vorkommt und die Vermuthung gegen die Existenz einer solchen Willensbestimmung spricht.

[3]) Darauf deutet das Wort „ausdrücklich" im § 377 (s. die obige Note dazu). Auch der § 662 des Oesterr. G.-B. (s. oben S. 8 Note 1) ist dahin aufzufassen, daß der dem Legatar obliegende Beweis über die scientia rei alienae nur aus dem Inhalte der letztwilligen Anordnung selbst zu führen sei. Unger § 67 Note 12. Noch bestimmter spricht dies der Großh. Hessische Entw. Abth. III Art. 137 aus: „Das Vermächtniß eines dem Erblasser nicht gehörenden Gegenstandes ist ungültig, wenn nicht aus dem letzten Willen erhellt, daß der Erblasser den Gegenstand als . . . einem Dritten zugehörend gekannt hat."

[4]) Erkenntniß des O. A. G. zu Dresden vom 25. Septbr. 1862: Als fremde Sachen können nur diejenigen betrachtet werden, welche sich zur Zeit der Testamentserrichtung weder im Eigenthum des Erblassers noch des Erben

Sache vermacht, die zur Zeit der Testamentserrichtung eine fremde war, und hat er selbst oder sein Erbe sie hinterher erworben, so ist das Vermächtniß als legatum rei propriae resp. rei heredis vollwirksam.[1]) Ist die vermachte fremde Sache zur Zeit des Todes des Erblassers nicht mehr vorhanden, so hat der Legatar auch nicht auf den Werth derselben Anspruch.[2])

Uebrigens leidet es kein Bedenken, die in den §§ 305, 325 und § 326 d. T. aufgestellten Grundsätze, wonach der Legatar die vermachte Sache sowohl in dem physischen als in dem rechtlichen Zustande zu übernehmen hat, worin sie sich bei dem Tode des Erblassers befunden hat, auch hier zur Anwendung zu bringen, sofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung des Testators erhellt, und zwar gleichviel, ob der Legatar die Sache selbst oder deren Werth erhält.

Wenn der Testator eine fremde im Nachlasse befindliche Sache als eigene vermacht, so liegt nach dem oben Gesagten ein legatum rei alienae gar nicht vor, selbst wenn er gewußt haben sollte, daß die

---

befunden, sondern einem Dritten eigenthümlich zugehört haben. Dagegen sind Sachen, welche der Erblasser zwar vor der Testamentserrichtung verkauft, an welchen jedoch der Käufer das Eigenthum auf die im Gesetze vorgeschriebene Weise, z. B. durch Uebergabe oder durch Besitzeintragung im Hypothekenbuche nicht erworben hat, im Eigenthume des Testators verblieben . . . (Seuffert, Archiv XVII Nr. 72).

[1]) Unger § 67 Note 10. — Ist dagegen eine fremde Sache unter der — nicht eingetretenen — Voraussetzung vermacht, daß der Testator sie später an sich bringen werde, so ist das Legat wirkungslos.

Marcian. l. 33 § 3 D. de cond. et dem. (35, 1): Siquis legaverit rem ita, si mortis tempore ejus erit, nec tunc ejus invenitur, nec aestimatio ejus legari videbitur.

Hat Jemand irriger Weise seine eigene Sache als eine fremde vermacht, so besteht das Vermächtniß als legatum rei propriae. § 11 J. de leg. (2, 20): Siquis rem suam quasi alienam legaverit, valet legatum. Nam plus valet, quod in veritate est, quam quod in opinione. Sed et si legatarii putavit, valere constat: quia exitum voluntas defuncti potest habere.

Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 6. „Eigener Sachen Vermächtniß ist gültig, wenngleich der Vermächter solche für fremd gehalten hat, weil man hierin mehr auf die Wahrheit und den Befund der Sache, als auf die Meinung zu sehen pflegt —"

[2]) Marcian. l. 114 § 19 D. de leg. 1: Interdum etiam cum lucro heredis moritur servus legatus, aut per fideicommissum relictus, veluti si alienus —. Paulus l. 35 eod.: Si heres alienum hominem dare damnatus sit, et hic a domino manumissus sit, nihil ex hoc legato debebitur. § 16 J. de leg. (2, 20): — Et si servus alienus legatus sine facto heredis manumissus fuerit, non tenetur heres . . .

Sache eine fremde sei. Z. B. der Dieb vermacht die gestohlene, in seinem Besitze befindliche Sache. Es fehlt hier überall der Wille, den Erben zur Anschaffung der Sache zu verpflichten. Ist aber der Testator in gutem Glauben gewesen, so muß der Erbe im Sinne desselben ein solches Legat als legatum rei propriae gelten lassen. Er ist also verpflichtet, die im Nachlasse befindliche Sache dem Legatar zu verabfolgen[1]) und diesem die Vertheidigung gegen die Ansprüche des Eigenthümers zu überlassen.[2]) Evincirt nun der Eigenthümer die vermachte, vom Testator in gutem Glauben einem Nichteigenthümer abgekaufte Sache, so kann der Legatar nicht ohne Weiteres seinen Regreß gegen den Autor des Erblassers nehmen.[3]) Wohl aber wird er von dem Erben die Cession des Evictionsleistungs-Anspruches (nach Analogie des § 385 d. T.) verlangen dürfen. Ebenso wenig wird es ein Bedenken haben, ihm den Anspruch auf den von dem vindicirenden Eigenthümer zu erstattenden Kaufpreis einzuräumen.[4])

214. Die im § 385 gegebene Auslegungsregel findet gleichmäßige

---

[1]) Letzterer erlangt dadurch den Ersitzungsbesitz und somit die rechtliche Möglichkeit, das Eigenthum der Sache zu erwerben. Paul. l. 4 D. pro leg. (41, 8): Pro legato potest usucapi, si res aliena legata sit ... Javolen. l. 5 eod.: Ea res, quae legati nomine tradita est, quamvis dominus ejus vivat, legatorum tamen nomine usucapietur; (Pompon.) l. 6 eod. si is, cui tradita est, mortui esse existimaverit.

[2]) Mit vollem Recht hat daher unser Ob.-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 24. Januar 1849 den (von Koch nicht mit Glück bekämpften) Satz ausgesprochen: „Das Legat einer Sache, welche der Testator als seine eigene besessen und hinterlassen hat, kann von dem Testamentserben nicht aus dem Grunde als wirkungslos angefochten werden, weil der Testator wirklich nicht Eigenthümer dieser Sache gewesen sei." (Entscheid. B. 17 S. 202 f.) Der Erbe hat einfach den Willen des Erblassers auszuführen. Der Einwand, daß die Sache einem Dritten gehöre, ist eine ihm gar nicht zustehende exceptio de jure tertii.

[3]) Pompon. l. 59 D. de evict. (21, 2): Si res, quam a Titio emi, legata sit a me, non potest legatarius, conventus a domino rei, venditori meo denunciare: nisi cessae ei fuerint actiones, vel quodam casu hypothecas habet. Vergl. Brunnemann, com. ad h. l. nr. 1.

[4]) Eine analoge Entscheidung findet sich im röm. Recht. Papin. l. 78 § 1 D. de leg. 2: Cum post mortem auctoris venditionem Rei publicae praediorum optimus maximusque Princeps noster Severus Augustus rescindi heredibus pretio restituto jussisset, de pecunia legatario, cui praedium emtor ex ea possessione legaverat, conjectura voluntatis pro modo aestimationis partem solvendam esse respondi.

Anwendung, es möge das betreffende Recht ein **persönliches**[1]) oder ein **dingliches**[2]) sein. Ein Hauptfall der letzteren Art ist das Legat einer Sache, woran dem Testator nur ein Miteigenthum zusteht.[3])

---

[1]) Ulp. l. 39 § 3 D. de leg. 1: Idem Julianus scribit, si fundum testator, quem ab alio emerat, mihi legavit, heredem cogendum mihi actionem ex emto praestare: scilicet si nondum res tradita fuerit, vel defuncto, vel heredi.

Julian. l. 76 eod.: Quod si quis Stichum aut Pamphilum stipulatus, Sempronio Stichum legasset, Maevio Pamphilum, oneratus heres intelligitur, ut necesse habeat alteri actionem suam, alteri aestimationem Stichi aut Pamphili dare.

Vergl. Mantica, Conj. ult. vol. Lib. IX nr. 16. Legatum intelligitur jus, quod habuit testator ad rem.

[2]) Ulp. l. 71 § 5 D. de leg. 1: Si fundus municipum vectigalis ipsis municipibus sit legatus, an legatum consistat, petique possit, videamus. Et Julianus lib. XXXVIII Dig. scribit, quamvis fundus vectigalis municipum sit, attamen quia aliquod jus in eo is, qui legavit, habet, valere legatum. § 6. Sed et si non municipibus, sed alii fundum vectigalem legaverit, non videri proprietatem rei legatam, sed id jus, quod in vectigalibus fundis habemus.

Proj. Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 23. „Gleichergestalt kann ein Testator dasjenige Recht, was er an einem fremden Dinge hat (Jus in re aliena) nemlich emphyteusin, superficiem etc. legiren: Diese legata aber gelten nicht weiter, als in soweit sich des Testatoris Recht daran erstrecket, daher dieselben mit dem Recht des Testatoris aufhören."

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 6 „— Hat aber 2do der Vermächter nur gewisse Gerechtsame auf der legirten Sache gehabt, so bestehet auch das Legat in mehr nicht, dann selbiger Gerechtsame, und ist man für das Uebrige den Werth zu bezahlen nicht schuldig."

[3]) Paul. l. 5 § 1 D. de leg. 1: Labeo ait, quum certa res aut persona legatur ita „qui meus erit, quum moriar, heres dato," et communis sit, totum deberi; Trebatium vero respondisse, partem deberi Celsus scripsit; quod et verius est. § 2. Quum fundus communis legatus sit non adjecta portione sed „meum" nominaverit, portionem deberi constat.

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 9 § 9 a. E. „Würde auch der Testator ein Gut, so er mit einem andern gemein hat, legiren und vermachen: So ist der Erb allein des Testirers eignen Theil zu entrichten schuldig. So aber der Testirer eines andern Theil an sich gelöst, da ist er den gantzen Theil oder das gantze Gut zuzustellen oder einzuräumen pflichtig."

Proj. Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 22. „Es kan auch der Testator Rem Communem, das ist, ein Ding, welches er mit einem andern in Gemeinschaft besitzet, legiren: Dieses Legatum aber gilt bloß für seinen Antheil."

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 10. „Ist die legirte Sache dem Vermächter nicht allein zugehörig, sondern nur mit an-

Hier bildet im Zweifel nur der dem Testator gehörige Antheil den Gegenstand des Vermächtnisses. Ob dasselbe auch in Betreff des Legates einer dem Testator und dem Erben gemeinschaftlich zugehörigen Sache gilt, ist streitig.[1]) Die an sich ganz exceptionelle (und wohl mit Unrecht aus dem römischen Recht beibehaltene) Vorschrift des § 375 d. T. kann hier nicht als entscheidend gelten. Sie bezweckt die Aufrechthaltung eines Legats, das sonst ganz unwirksam gewesen wäre. Das hier fragliche Legat ist aber in Beziehung auf den Antheil des Erblassers jedenfalls gültig und nur in Frage, ob es hierauf zu beschränken sei. Für diese Beschränkung spricht die ganz allgemein lautende Interpretationsregel des § 385.

---

§ 379. «Hat der Legatarius die ihm als fremd vermachte Sache durch einen lästigen Vertrag, vor oder nach dem Tode des Erblassers, bereits an sich gebracht, so muß der Erbe ihm das vergüten, was er selbst dafür gegeben hat.»

§ 380. «Hat aber der Legatarius durch einen wohlthätigen Vertrag, oder sonst unentgeltlich, das Eigenthum der Sache erworben, so bleibt das Vermächtniß ohne Wirkung.»

215. § 6 J. de leg. (2, 20): Si res aliena legata fuerit, et ejus vivo testatore legatarius dominus factus fuerit: si quidem ex causa

---

deren gemeinschaftlich, so gebührt dem Legatarius auch mehr nicht, als der Antheil des Vermächters, niemal aber der Werth des übrigen Antheils."

Sächs. bürgerl. G.-B. § 2460. „Gehört die Sache dem Erblasser blos zu einem Theile, so gilt das Vermächtniß, soweit die Sache dem Erblasser gehört."

[1]) Voet com. ad P. de leg. et fidcic. nr. 28: — Plane si res legata defuncto et heredi communis sit, totam deberi verum est, quia tunc nulla redimendi necessitate heres oneratur. Brunnemann com. in P. ad l. 5 de leg. 1 nr. 5, 6: Re testatoris cum alio communi legata, videtur portio testatoris legata, cujus duae rationes 1. quia non praesumitur gravare voluisse heredem onere redimendi partem alterius socii, nec gravare socium, eum compellendo ad venditionem; 2. quia legatum stricte intelligendum. Sed quid si testator legavit rem cum herede communem? Resp. dispositionem legis hic locum non habere, quia cessant illae rationes.

Seuffert, Archiv V Nr. 40. — Vergl. dagegen v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Tit. 7 § 10 a. E.: In

emtionis: ex testamento actione pretium consequi potest. Si vero ex causa lucrativa, veluti ex causa donationis, vel ex alia simili causa: agere non potest. Nam traditum est, duas lucrativas causas in eundem hominem, et in eandem rem concurrere non posse . . .

Ulp. l. 34 § 7 D. de leg. 1: Quod si rem emissem mihi legatam: usque ad pretium, quod mihi abest, competit mihi ex testamento actio.[1])

Kayserl. Land-Ger.-Ordn. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 63 § 6. „So jemand ein fremd Guth verschaffen würde, und der, deme es geschaffet, vor des Verschaffers Tod dasselbige an sich brächte, hätte er es Titulo oneroso durch einen Kauff und dergleichen Weeg bekommen, so ist der Erb desselben verschafften Guths Werth ihme dem Legatario zu bezahlen schuldig; Wäre es aber titulo lucrativo, als durch Schenckung, Testament, oder dergleichen freye Gabe, ohne Beschwehrde, in sein des Legatarii Gewalt kommen, so ist ihme der Erb etwas weiteres zu geben oder zu bezahlen unverbunden."

Bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen § 2462. „Gehört der Gegenstand dem Bedachten nicht zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses, wohl aber zur Zeit des Todes des Erblassers, so ist das Vermächtniß gültig; der Bedachte kann, wenn er den Gegenstand von einer anderen Person, als von dem Erblasser, gegen eine Gegenleistung erworben hat, den Aufwand für die Erwerbung, jedoch, wenn solcher den Werth der Sache übersteigt, nur diesen, fordern."[2])

---

§ 381. «War der Legatarius, zur Zeit des errichteten Legats, selbst Eigenthümer der ihm vermachten Sache, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung, wenn nicht aus der Fassung der Disposition erhellet, daß und welchen besonderen Vortheil der Testator dadurch dem Legatario hat zuwenden wollen.»

§ 382. «Uebrigens kommt es in diesem Falle nicht darauf an: ob der Legatarius bei dem Ableben des Testators die vermachte Sache noch wirklich besitzt, oder ob er sie in der Zwischenzeit veräußert hat.»

216. § 10 J. de leg. (2, 20): Sed si rem legatarii quis ei

Sachen, welche Testator mit dem Erben gemeinschaftlich hat, wollen zwar auch verschiedene Authores etwas besonderes hierin statuiren, jedoch ohne hinlänglichen Beweis.

[1]) Vergl. l. 82 § 6 D. de leg. 1. l. 66 § 1 D. de leg. 2. l. 66 § 3 eod.

[2]) Uebereinstimmend mit dem Großherz. Hessischen Entw. Abth. III Art. 139 Abs. 2. — Vergl. Oesterr. G.-B. § 661 und dazu Unger § 67 Note 15.

legaverit, inutile est legatum, quia quod proprium est ipsius, amplius ejus fieri non potest[1]): et licet alienaverit eam, non debetur nec ipsa, nec aestimatio ejus.

Ulp. l. 41 § 2 D. de leg. 1: — Et si quidem ab initio non constitit legatum, ex postfacto non convalescet, quemadmodum nec res mea legata mihi, si post testamentum factum fuerit alienata, quia vires ab initio legatum non habuit. Sed si sub conditione legetur, poterit legatum valere, si existentis conditionis tempore mea non sit . . . Purum igitur legatum Catoniana regula impediet, conditionale non, quia ad conditionalia Catoniana non pertinet.[2])

Proj. Corp. Jur. Frideric. Th. II (1751) B. 8 Tit. 2 § 31. „Es kan auch der Testator dem Legatario kein Ding vermachen, welches diesem zur Zeit, da das Testament verfertigt worden, ohnedem schon eigen ist (rem legatario propriam) wann schon der Testator, daß das Ding ihm zugehöre, und er davon disponiren könne, geglaubt hat. Dergleichen Legatum convalesciret nicht, wann auch schon der Legatarius nach errichtetem Testament das Ding bona fide veräußert: es kan auch der Legatarius nicht den Werth des Legati von dem Erben praetendiren.

N. 1. Ein anders ist, 1. wann der Legatarius, welchem res propria legiret wird, nur ein zeitiges und revocables Recht an dem Ding hat; alsdann muß der Erbe dem Legatario das völlige Eigenthum, frey von allem Onere verschaffen. 2. Wann der Testator die Condition beyfüget, wann das Ding aufhören wird, des Legatarii zu seyn; welchenfalls der Erbe existente Conditione das Legatum praestiren muß . . .“

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 8. „Gehört die vermachte Sache aber dem Legatarius bereits selbst zu, so ist die Frage, ob er solche schon zur Zeit, da das Legat verordnet worden, gehabt, oder erst hernach erlangt habe? Erstenfalls gilt das Legat nicht, außer soweit selbes dem Legatarius noch Nutzen schaffen kann . . .“ [3])

---

[1]) l. 13 C. de leg. (6, 37): Proprias tuas res legari, vel fideicommitti tibi non potuisse certum est.

Den Fall, wenn dem A und B eine dem A gehörige Sache vermacht ist, entscheidet Julian. l. 84 § 8 D. de leg. 1: Si Titio et Maevio legatus fuerit Stichus, qui Titii erat, debebitur pars Stichi Maevio; nam Titius, quamvis ad legatum non admittatur, partem faciet.

[2]) Vergl. l. 98 D. de condit. et dem. (35, 1), l. 18 D. de leg. 2, l. 1 § 2 D. de reg. Cat. (34, 7) und dazu Donell. com. de jure civ. Lib. VIII c. 13 § 4.

Brinz, Lehrbuch der Pand. § 208. Arndts Pand. § 569 Anm. 2. v. Vangerow Pand. § 525 Anm. 2.

[3]) v. Kreittmayr bemerkt dazu: Es hat z. E. die legirte Sach Legatario zwar zugehört, jedoch nicht unwiderruflich, sondern nur widerruflich, oder nicht mit dem pleno Dominio, sondern nur mit dem utili vel directo, oder ist mit dem nexu pignoris, servitutis und dergleichen, beschwert. In solchen Fällen nutzt ihm das Legat so viel, daß der Erb die Sach ganz frey und unbeschwert oder wenigist den Werth dafür schaffen muß.

Oesterr. bürgerl. G.-B. § 661. „Das Vermächtniß ist ohne Wirkung, wenn das vermachte Stück zur Zeit der letzten Anordnung schon ein Eigenthum des Legatars war . . .“[1])

Bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen § 2461. „Das Vermächtniß eines Gegenstandes, welcher dem Bedachten zur Zeit der Anordnung des Vermächtnisses gehört, ist nichtig, selbst wenn der Bedachte den Gegenstand bei Lebzeiten des Erblassers veräußert hat, ausgenommen, wenn das Vermächtniß für den Fall der Veräußerung vor dem Tode des Erblassers oder eines späteren Verlustes des Eigenthums an dem Gegenstande hinterlassen wird, oder wenn es Rechte in Bezug auf die Sache betrifft, welche auch für den Eigenthümer möglich sind . . .“

---

d. Sachen, die nicht im Verkehr sind.

§ 386. »Werden Sachen vermacht, die vom Verkehr gänzlich ausgeschlossen sind, so ist ein solches Vermächtniß unkräftig.«

217. § 4 J. de leg. (2, 20): — Sed si talis res sit, cujus non est commercium, nec aestimatio ejus debetur. Sicuti si campum Martium, vel basilicas, vel templa, vel quae publico usui destinata sunt, legaverit: nam nullius momenti legatum est . . .[2])

Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) B. 8 Tit. 2 § 30. „Hingegen können nicht legirt werden diejenigen Dinge, welche nicht in Commercio des Testatoris und des Legatarii sind: Worunter gehören a. die Res jure gentium communes; b) Res sacrae, sanctae et religiosae: so gar, daß der Erbe weder den Werth derselben, noch die von dem Testatore beygefügte Strafe praestiren darf.“

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 23. „In Sachen, welche simpliciter extra Commercium vel Patrimonium sind, hat keine Vermächtniß statt —.“

Bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen § 2408. „Ist der Gegenstand des Vermächtnisses dem gemeinen Verkehr entzogen, so ist das Vermächtniß nichtig.“

---

[1]) Vergl. Unger § 67 Nr. 4 und Note 13. 14.

[2]) Vergl. l. 39 § 10 D. de leg. 1. l. 14 C. de leg. (6, 37).

Donell. com. de jure civ. Lib. VIII c. 11 § 11. S. Stryk de caut. test. cap. XX § 15. Quid consilii, si res extra commercium positae legentur?

e. Handlungen.

§ 387. «Hat der Testator den Erben mit gewissen Handlungen zu Gunsten des Legatarii belastet, so ist der Erbe zur Leistung dieser Handlungen soweit verbunden, als er sich dazu durch Verträge hat verpflichten können. (Tit. 5 § 51, 68 sq.)»

218. Marcian. l. 112 § 3 D. de leg. 1: Si quis scripserit testamento fieri, quod contra jus est, aut bonos mores, non valet; veluti si quis scripserit contra legem aliquid, vel contra edictum praetoris, vel etiam turpe aliquid.[1])

§ 21 J. de leg. (2, 20): — Sed et tale legatum valet: „damnas esto heres domum illius reficere, vel illum aere alieno liberare."

Ulp. l. 11 § 25 D. de leg. 3: Si quis opus facere jussus paratus sit pecuniam dare republicae, ut ipsa faciat, quum testator

---

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VIII c. 12 § 1.: Non solum res in fideicommissum deducuntur, sed etiam facta... Et utiliter jubetur is, qui testamento obligari potest, facere omnia, in quibus haec tria insint: ut nec sint contra jus; et utilitatem alicujus propositam habeant; et in hac ipsa utilitate recipiant aestimationem. In quibus vero unum aliquod ex his desit, ea fieri frustra percipiuntur. Ita omnino tria genera sunt eorum, quae jubeantur testamento inutiliter: illicita, inutilia, aestimationem non recipientia.

Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht I. S. 110, 111: Wußte der Testator, daß die Leistung unmöglich sei, und er hat dieselbe doch dem Erben auferlegt, so bleibt uns nur die Wahl zwischen folgenden zwei Annahmen; entweder fehlte es dem Testator an dem ernstlichen Willen, dem Vermächtnißnehmer etwas zuzuwenden, oder es fehlte ihm derjenige Gebrauch der Geisteskräfte, ohne welchen eine gültige Disposition nicht getroffen werden kann.

Wußte der Testator nicht, daß die Leistung unmöglich sei, so muß man annehmen: derselbe hätte, wenn er mit der Unmöglichkeit der Leistung bekannt gewesen wäre, diese Leistung gewiß nicht angeordnet; ob er dafür eine andere angeordnet hätte, und welche andere etwa, kann nicht festgestellt werden, und eben deshalb muß das Vermächtniß wegfallen, ohne daß ein Aequivalent gefordert werden kann. Für die Richtigkeit dieser Deduction spricht auf das Entschiedenste die Analogie der Bestimmungen über das Vermächtniß fremder Sachen, indem schon dann, wenn der Testator eine fremde Sache vermacht hat, welche er irrthümlich für die seinige hielt, im Zweifel angenommen wird, daß er dies Vermächtniß nicht angeordnet haben würde, wenn er das wahre Sachverhältniß gekannt hätte.

So ist also auch bei den Obligationen aus letztwilligen Verfügungen die Regel: impossibilium nulla obligatio völlig begründet.

per ipsum id fieri voluerit, non audietur. Et ita Divus Marcus rescripsit.

Id. l. 11 § 15 eod.: Si heres rogatus sit, certam summam usuris certis foenori dare, utile est fideicommissum; sed Maecianus putat, non alias cogendum credere, quam idonee ei caveatur. Sed ego proclivior sum, ut putem cautionem non exigendam.

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landrecht von 1610 Th. III Tit. 22 § 3. „Es ist auch ein solch legatum beständig, und der erbe dasselbig zu leisten schuldig, da ihme auferlegt, etwas zu thun, oder nicht zu thun: Als zu bawen, oder mit dem baw, anderen zu wider, nicht weiter zu fahren: etwas zu kaufen oder zu verkaufen ꝛc. item einen ein Handwerck zu lehren."

Revid. Landr. des Hertzogthums Preußen von 1685 (verbess. Landr. des K. Preußen von 1721) B. V Tit. 8 Art. 2 § 1 „— Es mag auch einer ordnen, daß sein Erbe dem N. ein Haus bawe, oder seine Schulden bezahle . . ." [1])

Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) B. 8 Tit. 8 § 29. „Wir haben oben gemeldet, daß auch Facta legiret werden können: Solchergestalt kan der Testator seinem Erben anbefehlen, daß er des Caji Haus repariren, den Cajum von seinen Schulden liberiren solle ꝛc.

N. 5. Es müssen die Facta, welche legiret werden, nicht unvernünftig noch schändlich sein, auch nicht wider die guten Sitten laufen, massen dergleichen Legata nicht gelten sollen.

N. 6. Ferner müssen die Facta dergestalt beschaffen seyn, daß der Testator daran disponiren könne . . ."

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 25. „Wenn Facta legirt werden, so müssen solche weder verboten, noch ungereimt seyn, sonst gilt das Legat nicht; die übrigen Facta aber muß der Erbe entweder in Natura verrichten, oder da es nicht wohl seyn kann, das Interesse prästiren." [2])

---

[1]) § 4 stimmt überein mit der angeführten Vorschrift des L. R. Pfaltz bey Rhein. Hinzugefügt ist noch: „— Also kan und mag auch ein Testirer verordnen, daß sein Erb dem N. seinen, des Gestorbenen Acker, Wiesen oder Garten in ziemlichem Werth, und nach gleicher billiger Erkänntnüß, Aestimation und Achtung zu Kauffe gebe: Und ist solches ein fruchtbar wirklich Legatum. Dann es begiebt sich offt, daß solche anstossende Gründe und Boden, von ihrer Gelegenheit wegen, einem für dem andern viel eins mehrern Werths seynd, dann die billige oder rechtmäßige Achtung oder Summa des Kauffgeldes an ihr selbst reichet."

[2]) Oesterr. bürg. G.-B. § 653. „Alles, was im gemeinen Verkehr stehet... Arbeiten und andere Handlungen, die einen Werth haben, können vermacht werden."

f. Vermächtnisse der Wahl.[1])

§ 388. «Hat der Testator eine aus mehreren Sachen dergestalt vermacht, daß nothwendig eine Wahl Statt finden muß, so gebührt diese Wahl dem Erben, insofern nicht aus der Fassung der Disposition klar erhellet, daß sie der Legatarius haben solle.»

§ 389. «Ein Gleiches findet auch alsdann Statt, wenn zwar nur eine bestimmte Sache vermacht worden, in dem Nachlasse aber mehrere Sachen von dieser Art vorhanden sind, und nicht deutlich ist, welche derselben der Testator gemeint habe.»

§ 390. «Lautet die Verordnung des Testators dahin, daß der Erbe dem Legatario eine von mehreren Sachen geben solle, so bezeichnet solches eine dem Erben überlassene Wahl.»

§ 391. «Hat aber der Testator verordnet, daß der Legatarius eine von mehreren Sachen nehmen solle, so wird dadurch angedeutet, daß dem Legatario die Wahl zukomme.»

219. Ein Wahlvermächtniß (s. g. legatum alternativum) ist immer nur dann vorhanden, wenn der Testator von mehreren an sich bestimmten Sachen die eine oder die andere wahlweise vermacht hat.[2])

---

[1]) Donell. com. de jure civ. Lib. VIII. c. 19 §§ 17 sqq. Vinnii com. ad § 22 J. de legat. Schilter, Exerc. ad P. XXXIX §§ 78 ff. — Francke, obs. de jure leg. et fideic. sect. I. (Jen. 1832) (vergl. Schunk's Jahrb. Bd. 19 S. 4 f.) v. Savigny, Obligationenrecht I S. 393 f.

[2]) Unter diesen Begriff fällt auch das Vermächtniß einer Gattungssache (genus legatum), die nach der Absicht des Erblassers aus den im Nachlasse befindlichen Gegenständen solcher Art ausgewählt werden soll. Vergl. § 22 J. de leg. (2, 20): Si generaliter servus, vel res alia legetur, electio legatarii est, nisi aliud testator dixerit. Ulp. l. 71 pr. D. de leg. 1: Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quae domus, cogentur heredes, quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare ... v. Keller, Pandekt. § 569: Legatum generis, d. h. wenn der Gegenstand nur der Gattung und nicht dem Individuum nach bezeichnet ist. Dabei ist aber nicht an fungible Sachen, sondern an species zu denken, nur so, daß unter mehreren derselben Gattung eine Wahl möglich ist ... Uebrigens ist es einleuchtend, daß das legatum generis und das alternative Legat sich im einzelnen Falle um so mehr nähern, je weniger Individuen

Dasselbe setzt also allemal eine vom Testator gewollte Wahl voraus, sei es, daß er diese dem Erben oder dem Legatar überlassen haben wollte. Hiernach gehört der im § 389 vorgesehene Fall eigentlich nicht hierher, da ein solches Vermächtniß nicht seiner Natur nach, sondern nur zufälliger Umstände wegen, die erst später hervortreten, eine Wahl nothwendig macht.[1])

Die in den §§ 390, 391 gegebene Entscheidung der Frage, wem das Wahlrecht zustehe, erinnert an den (von Justinian aufgehobenen) Unterschied des classischen römischen Rechts zwischen dem Vindications- und dem Damnationslegat.[2]) Unser Landrecht ist jedoch weit entfernt, die altrömischen Legatsformen mit den daran geknüpften Wirkungen wieder einführen zu wollen, sondern legt auf die Fassung der Vermächtnißanordnung nur insofern Gewicht, als daraus der Wille des Testators erkennbar wird, dem Erben oder dem Legatar das Wahlrecht einzuräumen. Dies stimmt auch mit der in der gemeinrechtlichen Praxis

---

vorhanden, oder vorhandene Individuen in dem fraglichen genus begriffen sind, und je größer die Zahl der Individuen ist, unter welchen die Alternative eröffnet ist. Oesterr. G.-B. § 656. „Hat der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung, aber ohne eine nähere Bestimmung, vermacht, und sind mehrere solche Sachen in der Verlassenschaft vorhanden, so steht dem Erben die Wahl zu . . ."

[1]) Ulp. l. 32 § 1 D. de leg. 1: Si quis plures Stichos habens Stichum legaverit, si non appareat, de quo Sticho sensit, quem elegerit, debet praestare. Id. l. 37 § 1 eod.. Si de certo fundo sensit testator, nec appareat, de quo cogitavit, electio heredis erit, quem velit dare . . . Sed et si lancem legaverit, nec appareat, quam, aeque electio est heredis, quam velit dare. Jd. l. 39 § 6 eod.: Scio ex facto tractatum, quum quidam duos fundos ejusdem nominis habens legasset fundum Cornelianum, et esset alter pretii majoris, alter minoris, et heres diceret minorem legatum, legatarius majorem, vulgo fatebitur, utique minorem eum legasse, si majorem non potuerit docere legatarius.

Brinz, Lehrb. der Pand. § 212 bemerkt über den gedachten Fall: Hier gibt es in der That keinen Anhalt, was der Erblasser gewollt... Darum bestimmt sich die Wahl, zu der es am Ende freilich auch hier kommt, nicht nach der sonstigen Regel. Hier ist einer der Fälle, in denen das Recht sich gedrungen sieht, dem nicht mehr faßbaren Willen des Testators seinen eigenen unterzuschieben und zu sagen, daß das Mindere vermacht sei; folglich kann man jetzt den Onerirten wählen lassen.

[2]) Vergl. v. Savigny, Obligationenrecht I S. 393 f. Brinz, Lehrb. der Pand. § 212.

damals geltenden Ansicht überein[1]) und findet sich auch in älteren deutschen Partikularrechten.[2])

---

§ 392. «In allen Fällen, wo der Erbe wählt, ist er nur eine nach den Umständen des Legatarii für ihn brauchbare Sache zu geben verbunden.»

§ 393. «Ist aber die Wahl dem Legatario ohne Einschränkung überlassen, so kann dieser auch das Beste wählen.»

220. Der Satz des § 392, der auch nach römischem Rechte gilt,[3])

---

[1]) Muelleri addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. 35 th. 16 nota η: In legato generis, cui competat electio, ita distinguunt: aut verba testatoris referuntur ad heredem, et ita legatum per damnationem relictum, et heredis est electio; aut diriguntur ad legatarium, et ita est legatum per vindicationem relictum, et legatarius optabit; differentiae ratio est conjectura voluntatis testatoris; neque hodie facta legatorum exaequatione in l. 1 C. com. de leg. haec differentia est sublata. S. Stryk, us. mod. P. de leg. et fideic. § 2. — Naturalis significatio nunquam abolita est, nec aboleri potuit, adeoque illae diversitates, quae inde fluunt, adhuc hodie obtineri debent, etiam in testamentis Germanico idiomate scriptis. Sic enim adhuc diversitas hodie est in electione; nam in legato generis illa est penes legatarium, veluti si testator dixerit: Titio vermache ich eines von meinen Pferden; ast si testator verbis fideicommissariis utitur, veluti, ich will, daß mein Erbe Titio eines von meinen Pferden geben soll, ex nativa verborum indole electio debet esse penes heredem, quoties enim verba ad heredem diriguntur, id quod in fideicommissis, toties electio heredi competit. Vergl. v. Kreittmayr Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 7 § 4.

[2]) Frankf. erneuerte Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 10: „— Doch ist darinn sonderlich auff die Wort deß Testaments, ob sie auff den Legatarien, oder aber auff den Erben, gericht seyen, gut acht zu geben. Dann so sie auff den Legatarien gestellt seynd, so hat derselbig die Wahl: Weren sie aber auff den Erben gestellt, Als, Item befehle und setze Ich, daß N. mein Erb, N. auß meinen Rossen eins geben und zustellen solle ꝛc., So were die Wahl deß Erben, daß er auß deß Testirers Rossen eins geben möchte, welches er wolt, Ob es gleich dem Legatario nicht gefiele." Lüneburger Stadt-R. Th. IV Tit. 5. „Bescheidet der Testator jemandem etwas von seinen Gütern und man kann nicht eigentlich wissen, welch Stück er damit gemeynet, es ist aber der Befehl der Ueberlieferung auf den eingesetzten Erben gerichtet, so stehet die Wahl in des Erben Hand: ist aber dem legatario die Wahl zu Willkühre gegeben, so mag er kiesen, zu welchem er will . . ."

[3]) African. l. 110 D. de leg. 1: Si heres generaliter servum, quem ipse

folgt mit Nothwendigkeit daraus, daß jede Vermächtnißanordnung auf den Vortheil des Legatars abzweckt.[1]) Es kommt daher auch nichts darauf an, ob dem Erben ausdrücklich die Wahl gegeben ist.[2])

221. Der § 393 betrifft das eigentliche Wahlvermächtniß — die optio s. electio legata des römischen Rechts.[3])

Ist dabei die Zahl der zu wählenden Sachen unbestimmt gelassen, so kommt es darauf an, aus der Fassung des Legates oder den obwaltenden Umständen, den Willen des Testators zu ermitteln.[4]) Ist

---

voluerit, dare jussus, sciens furem dederit, isque furtum legatario fecerit, de dolo malo agi posse ait. Sed quoniam illud verum est, **heredem in hoc teneri, ut non pessimum det**, ad hoc tenetur, ut et alium hominem praestet, et hunc pro noxae dedito relinquat.

[1]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 11 nr. 17: illud etiam censetur esse relictum, quod congruit personae legatarii.

. Carpzov. Opus Decis. dec. 300 nr. 27: — Etsi in dubio et obscuro, quando non constat, quid a testatore datum fuerit, semper eligendum et praestandum dicitur minimum, attamen de minimo tali hoc intelligendum, qualis aliqua est utilitas, ut hinc merito praestetur id, quod est mediocre.

[2]) Hierauf deuten die Worte des § 392 „in allen Fällen." Vergl. Oesterr. G.-B. § 656. „— Er (der wahlberechtigte Erbe) muß aber ein Stück wählen, wovon der Legatar Gebrauch machen kann . . ."

Motive des Großh. Hessischen Entwurfs Abth. III S. 99: Das Wahlrecht muß nach der Intention des Testators ausgeübt werden; der Bedachte muß eine für ihn brauchbare und nützliche Sache erhalten.

[3]) Ulp. l. 2 pr. D. h. t. (33, 5): Quoties servi electio vel optio datur, legatarius optabit quem velit. Vergl. Brinz, Lehrb. der Pand. § 212. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 4. „— wo ihm (dem Legatarius) der Vermächter die Wahl ausdrücklich eingeräumt hat — in allen diesen Fällen kann er das Beste wählen . . ." Oesterr. bürg. G.-B. § 656. „— Wird dem Legatar überlassen, Eine von den mehrern Sachen zu nehmen oder zu wählen, so kann er auch die beste wählen." Aeltere deutsche Partikularrechte beschränken den Legatar in der Ausübung des ihm ertheilten Wahlrechts. Erneuerte Frankf. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 11. „Da auch der Testirer dem Legatario gleich die Wahl under denselben seinen Rossen, oder andern dergleichen gesetzt hett: So soll er doch abermahls sich damit dieser Bescheidenheit halten, daß er nicht das beste, sondern ein mittelmäßiges wehle." Lüneburger Stadtr. Th. IV Tit. 5. „— ist aber dem legatario die Wahl zu Willkühre gegeben, so mag er kiesen, zu welchem er will, doch mit der Bescheidenheit, daß er nicht das beste, sondern ein mittelmäßigs wähle."

[4]) Das röm. Recht kommt hier mit einer durchgreifenden Vorschrift zu Hülfe. Ulp. l. 1 D. h. t. (33, 5): Divus Pius Caecilio Proculo rescripsit, eum, cui servorum legata est electio, tres posse eligere. Aehnlich lautet die

dem Legatar ausdrücklich gestattet, aus einer bestimmten Gattung von Nachlaßsachen „sich so viele auszuwählen, als er will," so erscheint das Vermächtniß in Beziehung auf die Zahl der Stücke allerdings als ganz unbeschränkt, es hört aber darum noch nicht auf, ein bloßes Wahlvermächtniß zu sein. Der Legatar ist daher nicht befugt, sich den ganzen Inbegriff der Gattung zuzueignen, da ihm immer nur ein Auswählen gestattet ist.

222. Ist die Wahl einem Dritten überlassen, so kann nach § 395 dieser, gleich dem Legatar, auch das Beste aussuchen.[1]) Kann oder will der Dritte nicht wählen, so fällt zwar die Wahl dem Legatar zu; doch muß er sich „mit einer für ihn brauchbaren Sache von mittlerem Werthe" begnügen (§ 396).[2])

Zusatzbestimmung des Bad. Landr. Art. 1022a. „Sind einige Sachen ohne Zahlbestimmung vermacht, so sind niemals alle vorhandene, und nie über drei vom Vermächtnißnehmer zu wählen."

[1]) Nach röm. Recht findet die einem Dritten überlassene Wahl allemal in dem arbitrium boni viri ihre Beschränkung. So bestimmt auch der Großh. Hessische Entw. Abth. III Art. 142. „— Hat der Erblasser die Wahl einem Dritten übertragen, so darf dieser nicht das Beste wählen, aber auch nicht das Schlechteste aussuchen," wozu in den Motiven (S. 99) bemerkt ist: das Wahlrecht muß nach der Intention des Testators ausgeübt werden; der Bedachte muß eine für ihn brauchbare und nützliche Sache erhalten; der wahlberechtigte Dritte darf aber auch nicht das Beste auswählen; denn der Erblasser hat dadurch, daß er die Wahl einem Dritten übertrug, zu erkennen gegeben, daß er das Verhältniß zwischen dem Onerirten und dem Honorirten nach Billigkeit geordnet haben will. Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2495. „Kommt einem Dritten nach der Bestimmung des Erblassers die Wahl unter den mehreren Gegenständen zu, so muß dieser bei der Wahl auf die Verhältnisse und Bedürfnisse des Vermächtnißnehmers Rücksicht nehmen." Nach dieser richtigen Auffassung der einem Dritten ertheilten Wahlermächtigung läßt sich durchaus nicht von einem ihm eingeräumten Wahlrechte reden. Er hat die Wahl nicht als ein Recht, sondern als ein ihm übertragenes fremdes Geschäft auszuüben, das jede Willkür ausschließt. Unser § 395 erscheint nur insofern gerechtfertigt, als danach dem freien Ermessen (also nicht der bloßen Willkür) des Dritten anheimgegeben sein soll, auch das Beste auszuwählen.

[2]) Der letztere Satz, mit welchem unser Landrecht wieder auf den richtigen Standpunkt gelangt, stimmt mit dem röm. Recht überein. l. 3 § 1 C. com. de leg. (6, 43): Censemus itaque, si intra annale tempus ille, qui eligere jussus est, hoc facere supersederit, vel minime potuerit, vel quandocunque decesserit: ipsi legatario videri esse delatam electionem, ita tamen, ut non optimum ex servis, vel aliis rebus quidquam eligat, sed mediae

223. In Betreff der höchst unklaren und für das Rechtsleben kaum brauchbaren Bestimmung des § 394[1]) ist zu verweisen auf die Abhandlung Koch's im Schlef. Archiv IV S. 345 f. und Koch, Recht der Ford. III S. 383 f. (2. Ausg.).[2])

224. Die Wahl selbst anlangend, so setzt diese natürlich den Anfall des Legats voraus, der jedoch nach unserem Recht von der Erbschaftsantretung unabhängig ist.[3]) Die Wahl ist immer nur auf eine ganze Sache zu richten, also nicht auf Theile des einen und des andern

---

aestimationis, ne dum legatarium satis esse fovendum existimamus, heredis commoda defraudentur.

Auf dasselbe kommt die Bestimmung des Oesterr. bürg. G.-B. § 659 hinaus: „Der Erblasser kann die Auswahl, welche Sache aus mehreren der Legatar haben soll, auch einem Dritten überlassen. Schlägt sie dieser aus, oder ist er vor getroffener Auswahl gestorben, so bestimmt die Gerichtsbehörde das Legat mit Rücksicht auf den Stand und das Bedürfniß des Legatars ..." Dieselbe Vorschrift enthält auch der Hessische Entw. Art. 143.

[1]) „Haben mehrere Erben oder Legatarien unter Sachen von gleicher Art eine Wahl vorzunehmen, so entscheidet das Loos, in welcher Ordnung sie wählen sollen."

[2]) Den Fall, wenn Mehreren zusammen ein Wahlvermächtniß beschieden ist, oder wenn der wahlberechtigte Legatar mehrere Erben hinterläßt, behandelt § 23 J. de leg. (2, 20): — Et diligentiore tractatu habito, et hoc in nostra Constitutione (l. 3 pr. C. com. de leg. 6, 43) additum est, ut sive plures legatarii existant, quibus optio relicta est, et dissentiant in corpore eligendo: sive unius legatarii plures heredes, et inter se circa optandum dissentiant, alio aliud corpus eligere cupiente: ne pereat legatum (quod plerique Prudentium contra benevolentiam introducebant) fortunam esse hujus optionis judicem, et sorte hoc esse dirimendum, ut ad quem sors veniat, illius sententia in optione praecellat. Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2498. „Können Mehrere, welchen die Wahl zukommt, oder mehrere Erben eines zur Wahl Berechtigten sich über die Wahl nicht einigen, so entscheidet das Loos, wer von ihnen zu wählen hat." Ueber den Fall, wenn einer jeden von verschiedenen Personen ein besonderes Wahlvermächtniß aus derselben Gattung von Nachlaßsachen beschieden ist, vergl. Pompon. l. 8 § 2 D. h. t. (33, 5).

Ein Fall anderer Art ist, wenn von bestimmten Nachlaßsachen dem A zwei Stück nach seiner Auswahl, die übrigen dem B vermacht sind. Terent. Clemens l. 17 D. h. t.: Quum optio duorum servorum Titio data sit, reliqui Maevio legati sint, cessante primo in electione, reliquorum appellatione omnes ad Maevium pertinent.

[3]) Abweichend vom röm. Recht. Terent. Clemens l. 16 D. h. t.: Optione legata placet, non posse ante aditam hereditatem optari, et nihil agi, si optaretur.

alternativ oder generisch vermachten Gegenstandes.[1]) Dieselbe ist mit der dem Betheiligten gegenüber abgegebenen Erklärung vollzogen und damit der Regel nach unabänderlich geworden,[2]) vorausgesetzt jedoch, daß der Erbe dem Legatar die Ausübung des Wahlrechts in seinem ganzen Umfange möglich gemacht[3]) und auch in anderer Hinsicht ein wesentlicher Irrthum bei der Wahl nicht obgewaltet hat.[4])

225. In Betreff des Ueberganges des Wahlrechts auf die Erben

---

[1]) l. 12 D. h. t. (33, 5), l. 8 § 2 D. de leg. 1, l. 15 D. de leg. 2.

[2]) Labeo l. 20 h. t.: — quum ita legatum est: „vestimenta, quae voles, triclinaria sumito, sibique habeto;“ si is dixisset, quae vellet, deinde, antequam ea sumeret, alia se velle dixisset: mutare voluntatem eum non posse, ut alia sumeret, quia omne jus legati prima testatione, qua sumere se dixisset, consumpsit: quoniam res continuo ejus fit, simulac si dixerit eam sumere. Paul. l. 5 pr. D. de leg. 1: servi electione legata semel duntaxat optare possumus. Julian. l. 84 § 9 eod.: „Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato,“ . . : cum semel dixerit heres, utrum dare velit: mutare sententiam non poterit. Vergl. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 4. „— Nach geschehener Wahl hat 6to keine Reue mehr statt —“ v. Kreittmayr bemerkt dazu: „— sobald die Wahl einmahl rechtmäßig geschehen ist, wird die ausgewählte Sach Legatario alsogleich eigen und wann es ihm nach der Hand gereuet, so trifft das deutsche Sprichwort ein: Wahl hat Qual; dann die Reue ist zu spat und findet nicht mehr Platz. Es seh dann zu erweisen, daß er dolose hierzu inducirt worden, z. E.: durch Verheelung einer oder mehr Gattungen.“

[3]) Hierher gehören die §§ 399, 400 b. T. „Der Erbe muß jedoch in allen Fällen, wo der Legatarius die Wahl hat, demselben sämmtliche im Nachlasse befindliche Stücke, unter welchen er wählen könnte, treulich angeben und auf Verlangen vorzeigen. —“ „Hat er dieses nicht gethan, so ist der Legatarius an seine erste Wahl nicht gebunden, sondern kann von neuem wählen.“ Dasselbe gilt nach röm. Recht. Ulp. l. 3 § 6 D. ad exhib. (10, 4): Item, si optare velim servum, vel quam aliam rem, cujus optio mihi relicta est, ad exhibendum me agere posse constat, ut exhibitis possim vindicare. Paul. l. 4 D. h. t. (33, 5): Scyphi electione data si non omnibus scyphis exhibitis legatarius elegisset, integram ei optionem manere placet, nisi ex his duntaxat eligere voluisset, quum sciret, et alios esse; African. l. 6 eod.: nec solum si fraude heredis, sed etiam si alia qualihet causa id evenirct. Vergl. baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III. Kap. 7 § 4. „— Nach geschehener Wahl hat 6to keine Reue mehr statt, es seyen denn einige Species verhehlet worden, derentwegen kann auch 7mo die Exhibition aller Specierum begehrt werden. —“

[4]) Ulp. l. 2 § 3 D. h. t.: Eum, cui centum amphorarum electio data sit, acetum eligentem, non consumere optionem, si id acetum elegerit, quod vini numero paterfamilias non habuit. l. 3 Scilicet si ante exhibitionem, hoc est ante degustationem, acetum elegerit. Vergl. Unger § 76 Note 7.

des Wahlberechtigten ist in unserem Landrecht nichts gesagt. Soviel ist wohl unzweifelhaft, daß durch den Tod oder sonstigem Wegfall des wahlberechtigten Erben sich nichts ändert, daß also die Wahl demjenigen zufällt, der an seine Stelle tritt; denn es handelt sich hier um eine, durch Beilegung des Wahlrechts geminderte Verpflichtung des Erben, die auch nur in dieser Beschränkung auf den Rechtsnachfolger übergeht. Es bleibt daher nur die Frage, ob das dem Legatar gestattete Wahlrecht auch seinem Erben zukommt. Dies wird in allen Fällen zu bejahen sein, wo sich diese Befugniß nicht als ein höchst persönliches Recht darstellt.[1])

226. Auch darüber enthält unser Landrecht keine besondere Bestimmung, wie es zu halten sei, wenn der Wahlberechtigte sich über die Wahl nicht erklärt. Nach römischem Recht ging der Legatar durch Versäumung der Wahl innerhalb der vom Richter gesetzten Frist nicht bloß des Wahlrechts, sondern des ganzen Vermächtnisses verlustig.[2]) Nach unserem Recht läßt sich bei dem Mangel einer solchen Verlustandrohung nur Ersteres annehmen.[3]) Ist der wahlberechtigte Erbe

---

[1]) Dies ist auch die Ansicht des neueren röm. Rechts. § 23 J. de leg. (2, 20): Optionis legatum, id est, ubi testator ex servis suis vel aliis rebus optare legatarium jusserat, habebat in se conditionem: et ideo, nisi ipse legatarius vivus optaverit, ad heredem legatum non transmittebat. Sed ex Constitutione nostra (l. ult. C. de leg. 6, 43) et hoc ad meliorem statum reformatum est: et data est licentia heredi legatarii optare servum, licet vivus legatarius hoc non fecit... Vergl. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 4. „— 10mo Klebt das Wahlrecht eben nicht der Person des Legatarius allein an, sondern gehet auf seine Erben in Casu, wo das Legat auf sie transmittirt wird." Abweichend verordnet das Oesterr. bürg. G.-B. § 659. „— Diese gerichtliche Bestimmung (s. oben S. 25) tritt auch in dem Falle ein, daß der Legatar vor der ihm überlassenen Auswahl verstorben ist." Unger, § 76 Note 5. Dagegen wird in den Motiven zum Großh. Hessischen Entw. Abth. III S. 100 gesagt: „Das Wahlrecht des Beschwerten und ebenso das des Bedachten geht, wie jedes andere transmissible Recht, auf die Erben über.

Ist Jemanden nach seiner Wahl der lebenslängliche Nießbrauch einer Sache oder eine bestimmte Geldsumme vermacht und stirbt er vor der Wahl, so haben seine Erben auf die Geldsumme Anspruch, die nunmehr den alleinigen Gegenstand des Legats ausmacht. Ulp. l. 14 pr. § 1 D. quando dies leg. (36, 2).

[2]) l. 6, l. 8 pr. l. 13 § 1 D. h. t.

[3]) So bestimmt auch das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 4. „— 11mo Kann ein säumiger Legatarius auf Instanz des Erben sub Poena amittendae Electionis zur Wahl angehalten werden..." desgl. das Sächs.

säumig, so stehen dem Legatar die gewöhnlichen prozessualischen Zwangsmittel zu Gebote,[1]) um ihn zu der Wahl anzuhalten.[2])

227. Der zufällige Untergang oder sonstige Hinwegfall eines der Wahlstücke befreit den Erben nicht von der Vermächtnißlast, wohl aber der Eintritt des Zufalles nach vorgenommener Wahl.[3])

---

§ 397. «In allen Fällen, wo der Erbe wählt, ist derselbe dem Legatario zur Gewährsleistung für die gegebene Sache, wie bei Verträgen verpflichtet.»

§ 398. «Hat aber der Legatarius gewählt, so haftet der Erbe, außer dem Falle eines mit untergelaufenen Betrugs, nicht für die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache.»

228. Diese Grundsätze stimmen im Wesentlichen mit dem römischen Recht überein.[4]) Sie beruhen auf dem vermutheten Willen des Erb-

---

bürg. G.-B. § 2497. „Wenn der Vermächtnißnehmer oder der Dritte nicht wählt, so kann der Beschwerte verlangen, daß demselben die Erklärung über die Wahl innerhalb einer nach richterlichem Ermessen, nicht unter einem Monate, zu bestimmenden Frist auferlegt wird, und es geht, wenn die Erklärung über die Wahl in dieser Frist nicht erfolgt, das Recht zu wählen auf den Beschwerten über."

[1]) Die Bestimmung des § 9 der Execut.-Verord. v. 4. März 1834, wonach bei einer vorzunehmenden Handlung dem Executionssucher das Recht zusteht, dieselbe durch einen Dritten verrichten zu lassen, läßt sich allerdings hier nicht, wie Bornemann VI S. 91 meint, zur Anwendung bringen. Es ist hier nicht ein Leisten, sondern ein alternatives Geben in Frage. Die Auswahl des zu Gebenden ist Sache des Arbitriums und kann daher von einem Dritten nur in der Eigenschaft eines Arbiter geschehen.

[2]) Auch nach röm. Recht geht in diesem Falle nicht ohne Weiteres das Wahlrecht auf den Legatar über. Die l. 11 § 1 D. de leg. 2 handelt von einem Falle, wo der Testator dem Erben die Wahl ausdrücklich nur innerhalb einer bestimmten Frist gestattet, also das Wahlrecht an die Innehaltung dieser Frist geknüpft hat. („Stichum aut Pamphilum, utrum heres meus volet, Titio dato: dum, utrum velit dare, eo die, quo testamentum meum recitatum erit, dicat." Si non dixerit heres, Pamphilum an Stichum dare malit: perinde obligatum eum esse puto, ac si Stichum aut Pamphilum dare damnatus esset, utrum legatarius elegerit —).

[3]) Vergl. Unger, § 76 a. E. und die daselbst Note e und f angeführten Stellen des röm. Rechts.

[4]) Labeo l. 29 § 3 D. de leg. 3: Si heres tibi, servo generaliter legato,

lassers, dem Legatar einen bleibenden Vortheil zuzuwenden und folgen daher schon aus der Vorschrift des § 392. Uebrigens finden dieselben von selbst ihre Beschränkung darin, daß bei einem auf einen bestimmten Inbegriff von Nachlaßsachen gerichteten Wahlvermächtnisse der Legatar immer nur eine Sache solcher Art verlangen kann, wie sie der Nachlaß bietet. [1])

g. Vermachte Gattung.[2])

§ 401. «Der, welchem eine gewisse Gattung von Sachen, ohne Bestimmung der Qualität und Quantität, vermacht worden, erhält alle Stücke, welche sich von derselben Gattung, zur Zeit des Todes, im Nachlasse befunden haben.»

229. Nach der dem fraglichen Legate durch den obigen Rechtssatz,

Stichum tradiderit, isque a te evictus fuisset, posse te ex testamento agere, Labeo scribit, quia non videtur heres dedisse, quod ita dederat, ut habere non possis... Javolen. l. 58 D. de evict. (21, 2): Heres servum non nominatim legatum tradidit, et de dolo repromisit; postea servus evictus est, agere cum herede legatarius ex testamento potest, quamvis heres alienum esse servum ignoraverit. Pompon. l. 45 § 1 D. de leg. 1: Heres generaliter dare damnatus sanum eum esse promittere non debet, sed furtis et noxiis solutum esse promittere debebit, quia ita dare debet, ut eum habere liceat, sanitas autem servi ad proprietatem ejus nihil pertinet... Africau. l. 110 D. de leg. 1 (s. oben Nr. 220 Note 3). Ulp. l. 9 § 1 D. de dolo malo (4, 3): Si autem mihi persuaseris... ut optem servum, quasi melior eo in familia non sit, dico de dolo dandam, si callide hoc feceris. Vergl. überhaupt Menoch de Praesumt. Lib. IV pr. 118. Legatarius an et quando, re legata evicta, agere possit de evictione contra heredem ex praesumta testatoris voluntate. S. Stryk, de caut. test. Cap. XX § 32. Quatenus heres teneatur de evictione rei legatae. Bekker, Zur Lehre von der Evictionsleistung rc. (in seinem und Muther's Jahrbuch VI S. 253 f.) Koch, Recht der Ford. II S. 409 f. (2. Ausg.).

Das Sächs. bürg. G.-B. bestimmt § 2496. „Ist die vom Beschwerten gewählte Sache entwährt worden, so haftet er für die Entwährung; ist die vom Vermächtnißnehmer oder einem Dritten gewählte Sache entwährt worden, so kann der Vermächtnißnehmer eine andere wählen."

[1]) Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 171. Bornemann, VI S. 90.

[2]) Vergl. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 127, 151—153. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 31. Legatum generis.

in Uebereinstimmung mit dem römischen Recht,[1]) beigelegten Bedeutung läßt sich dasselbe nicht als „vermachte Gattung“ (genus legatum) bezeichnen, sondern nur als das Vermächtniß eines individuellen (nämlich zur Zeit des Todes des Erblassers sich als solchen herausstellenden) Inbegriffs von Sachen oder einer Sachengesammtheit.[2]) Finden sich Sachen solcher Art im Nachlasse gar nicht vor, so ist das Vermächtniß gegenstandslos, eben weil bei dem Mangel jeder Bestimmung der Quantität und Qualität das Legat nur auf die von

[1]) Javolen. l. 7 pr. D. de trit. vin. (33, 6): Quidam heredem damnaverat, dare uxori suae vinum, oleum, frumentum, acetum, mella, salsamenta; Trebatius ajebat, ex singulis rebus non amplius deberi, quam quantum heres mulieri dare voluisset, quoniam non adjectum esset, quantum ex quaqua re daretur. Ofilius, Cascellius, Tubero, omne, quantum paterfamilias reliquisset, legatum putant; Labeo id probat, idque verum est.

[2]) Wächter, Erört. aus dem Röm., Deutschen und Württ. Privatr. Heft I S. 16, 17: Die Sachgesammtheiten oder sachlichen Begriffsganzen sind nicht zu verwechseln mit den Gattungssachen (genera). Vermache ich Jemandem meine Heerde: so gilt allerdings nur das Ganze als Solches für vermacht und was später bis an meinen Tod zur Heerde hinzukommt oder ihr überhaupt substituirt wird, fällt, sobald es einen Theil der Heerde bildet, unter das Vermächtniß. Aber hier ist kein Genus vermacht, sondern eine Spezies, ein Ganzes, welches als Solches individuell bestimmt ist, nicht eine nach bloßen allgemeinen Gattungsmerkmalen bestimmte Sache, die aus dieser Gattung erst nach meinem Tode auszumitteln und festzustellen wäre, wie beim Genus. Es sind daher auf bestimmte Sachgesammtheiten die Grundsätze von der Spezies anzuwenden, nicht von dem Genus, und sie werden deshalb auch in den Quellen durch certa species, certum corpus bezeichnet.

v. Keller, Pand. § 568: Es kommt oft vor, daß der Testator das genus fungibler Sachen, aus welchem er legiren will, willkürlich und wesentlich begränzt und verengert, so daß das genus sich einer species nähert und das Legat selbst einer species legata etwa mit Wahlrecht ähnlich wird. Das geschieht am häufigsten so, daß er das genus auf das begränzt, was er davon selbst hinterläßt, oder gar auf eine bestimmte Sorte dessen... Ist in solcher Weise Alles Jemanden legirt, was der Testator hinterläßt, so wird es einfaches Legat einer species und man war geneigt, diesen Sinn des Legates anzunehmen, wenn kein Quantum bestimmt war...

Vergl. Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 9. „— desgleichen, so einem eine Heerde Schaaff legiret oder verordnet wird, und vielleicht nach solcher Ordnung die Schäfferey sich etwas mehrete und grösser würde, so sol dieselbe Mehrung auch dem Legatario zukommen und gehören.“ Sächs. bürg. G.-B. § 2463. „Das Vermächtniß einer Gesammtsache bezieht sich auf Alles, was zur Zeit des Todes des Erblassers zu derselben gehört.“

dem Testator zu hinterlassenden Sachen der genannten Gattung gerichtet erscheint.[1])

§ 403. «Hat der Testator Jemandem ein Stück von einer gewissen Gattung ohne weitere Bestimmung vermacht, und es findet sich dergleichen im Nachlasse nicht, so muß der Erbe dem Legatario ein solches Stück anschaffen.»

§ 404. «Die unbestimmt gebliebene Qualität einer solchen, dem Legatario zugedachten Sache muß nach dem Stande und der Nothdurft des Empfängers bestimmt werden.»

230. Diese Vorschriften haben, im Gegensatz zu § 401, das eigentliche Vermächtniß einer Gattungssache zum Gegenstande. Es ist hierbei zu unterscheiden, ob Sachen der bezeichneten Art sich im Nachlasse vorfinden, oder nicht. Ist Ersteres der Fall, so liegt ein Wahlvermächtniß vor;[2]) es kommen daher die oben zu §§ 388 f. erörter-

[1]) Vergl. Maecian. l. 30 § 5 D. ad L. Falc. (35, 2): Incertae autem res relictae distinctionem recipiunt. Nam si ex suis rebus incertam rem testator reliquisset, veluti „argentum quod elegerit," et omne argentum testatoris interiisset sine culpa heredis, nihil deberetur...

Erneuerte Frankf. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 24. „Trüge sich dann zu, daß der Testator nach auffgerichtem Testament so lang lebete, daß er dasjenig, so er hingesetzt hat, als Wein, Korn und dergl., mitler zeit hett angegriffen, und selbst zu seiner Notturfft verbraucht oder verkaufft: So fern er dann anders an die statt erzeugt hett, das solle an statt deß vorigen, dem Legatario gebühren, so viel sich dessen befindet. Wird aber nichts gefunden, so ist das Legat erloschen." Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) B. 8 Tit. 13 § 7. „Wann der Testator seine Weine vermacht, und keinen im Keller oder sonsten besitzet, gilt das Legatum nicht." Sächs. bürg. G.-B. § 2468. „Hat der Erblasser das Vermächtniß auf die in seinem Vermögen befindlichen Sachen beschränkt, so ist dasselbe nur gültig, wenn sich Sachen der bezeichneten Gattung in der Erbschaft befinden." Vergl. Oesterr. bürg. G.-B. § 657.

[2]) Ulp. l. 71 pr. D. de leg. 1: Si domus alicui simpliciter sit legata, neque adjectum, quae domus, cogentur heredes, quam vellet domum ex his, quas testator habebat, legatario dare... Id. l. 2 § 1 D. de opt. v. elect. leg. (33, 5): Sed et homine generaliter legato, arbitrium eligendi, quem acciperet, ad legatarium pertinet. Vergl. Oesterr. bürg. G.-B. § 656 (s. oben Nr. 219 Note 2). Verfehlt ist die Fassung des Sächs. bürg. G.-B. § 2467. „Hat der Erblasser eine Sache aus einer Gattung vermacht, so hat

ten Grundsätze zur Anwendung. Im letzteren Falle haben wir es mit dem Vermächtnisse einer **Handlung** zu thun, nämlich mit der Verpflichtung des Erben, ein dem Stande und dem Bedürfnisse des Legatars entsprechendes Stück der gedachten Gattung **anzuschaffen**.[1])

Hierbei ist aber immer die zureichende Bestimmtheit oder Bestimmbarkeit des Vermächtnißgegenstandes vorausgesetzt, weil es sonst an einem erkennbaren Willen fehlt.[2])

---

der Beschwerte die Sache zu **wählen**, gleichviel ob eine solche sich in der Erbschaft befindet oder nicht, und ob dieses dem Erblasser bekannt war oder nicht..." Denn von einer **Wahl** läßt sich nicht reden, wenn der Nachlaß Sachen solcher Art gar nicht enthält.

[1]) Im röm. Recht bestand eine Controverse über die Gültigkeit des Legats einer nicht im Nachlasse befindlichen Gattungssache. Es ist in dieser Hinsicht auf **Arndts** in Weiske's Rechtslex. VI S. 333 f. und **Brinz**, Lehrb. der Pand. § 208 S. 872 f. so wie die daselbst angeführten Schriftsteller zu verweisen. Von älteren Rechtslehrern sind anzuführen: **Mantica**, de conj. ult. vol. Lib. IX tit. II nr. 4. Legatum fundi an valeat, si non fuerit specialiter expressus. **Vinnii** com. § 22 J. 2, 20 nr. 2. **Groenewegen**, Tr. de legib. abrogat. et inusitat. in Hollandiae bemerkt zu l. 71 cit.: — propter incertitudinem inutile est legatum jure civili: sed jure Canonico, ejusque aequitate valet, et ex verisimili mente defuncti domus debetur secundum vires patrimonii, et legatarii dignitatem, vel caritatem et necessitudinem — atque ita moribus observari tradunt **Grotius** Introduct. l. 2 p. § 22 nr. 36 et hoc juri civili quoque consentaneum esse tradit **Zasius** —. Für die Ungültigkeit des Legats entscheidet sich noch das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 3. „— Werden nun dergleichen Dinge, z. E. ein Pferd, ohne zu benennen, was für eines von des Vermächters Verlassenschaft, legirt, so muß sich hierunter zur Zeit da er stirbt, wenigst eine species ejusdem Generis bezeigen, sonst gilt das Legat nicht, und kann auch der Werth nicht einmal gefordert werden..." Dagegen verordnet das Oesterr. bürg. G.-B. § 658. „Vermacht der Erblasser Eine oder mehrere Sachen von gewisser Gattung nicht ausdrücklich aus seinem Eigenthume, und es finden sich dergleichen nicht in der Verlassenschaft; so muß der Erbe sie dem Legatar in einer, dessen Stand und Bedürfnissen angemessenen Eigenschaft, verschaffen..."

[2]) Hierauf deutet der Schluß der oben angeführten l. 71 pr. D. de leg. 1: — quodsi nullas aedes reliquerit, magis derisorium est quam utile legatum. Vergl. **Papinian**. l. 69 § 4 D. de jur. dot. (23, 3): — fundo non demonstrato nullum esse legatum... Das gedachte Erforderniß sprechen ausdrücklich aus: Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 3. „3tio Soll ein solches Legat nicht gar zu general, sondern so beschaffen seyn, daß Legatarius nicht mit Schlechtigkeiten oder unbeträchtlichen Dingen entrichtet werden möge, also wenn z. E. eine Münze oder ein Grund in Genere vermacht wird, so ist das Legat ungültig, weil sich Legatarius erstenfalls mit

231. Es ist generell „ein Pferd" ohne weitere Bezeichnung vermacht. Im Nachlasse befindet sich ein einziges, jedoch ganz unbrauchbares Pferd. Muß sich der Legatar mit diesem begnügen? Es ist dies eine Frage der Willensauslegung. Der § 392 findet auf diesen Fall keine Anwendung, weil hier von einer Wahl des Erben nicht die Rede ist. Gleichwohl ist immer anzunehmen, daß der Erblasser dem Legatar eine für ihn brauchbare Sache zugedacht hat, weil sonst das Vermächtniß seinen Zweck nicht erfüllt. Es erscheint daher der § 403 und 404 auch dann anwendbar, wenn nach der muthmaßlichen Absicht des Testators die Vermächtnißanordnung auf die im Nachlaß vorhandene Sache der bezeichneten Gattung vermöge der Beschaffenheit derselben nicht füglich bezogen werden kann.

---

b. Vermächtniß einer bestimmten Sache.

§ 405. «Wenn Jemandem eine bestimmte Sache vermacht worden, so sind unter einem solchen Legate, in Ermangelung näherer Vorschriften, auch die gesetzlichen Pertinenzstücke, so weit dieselben bei dem Ableben des Testators vorhanden waren, mitbegriffen. (Tit. 2 § 42 sq.)» [1]

§ 407. «Zu vermachten flüssigen Sachen gehören auch die Gefäße, in welchen sie verkauft oder verführt zu werden pflegen.»

232. Der § 405 bezieht sich nur auf das Spezieslegat. Allein

---

einem einzigen Häller, und andernfalls mit einem Finger breit Erde abfertigen lassen müßte..." Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 18 a. E. — „Es wird aber bei diesem Legato generis erfordert... daß das Legatum einen Nutzen habe: Daher gilt das Legatum generis nicht, wann der Testator jemanden ein Thier vermacht; weil der Erbe dem Legato ein Genügen thun würde, wann er dem Legatario auch nur eine Maus 2c. lieferte."

Umgekehrt kann gerade die bestimmte Bezeichnung der vermachten Gattungssache einen Willensmangel erkennen lassen, wenn nämlich diese Bezeichnung etwas Naturwidriges enthält. Javolen. l. 7 § 1 D. de trit. vin. (33, 6): „Lucio Titio tritici modios centum, qui singuli pondo centum pendeant, heres dato;" Ofilius, nihil legatum esse; quod et Labeo probat, quoniam ejusmodi triticum in rerum natura non esset; quod verum puto.

[1]) Die zahlreichen Entscheidungen der röm. Juristen über die Frage: was als

auch bei dem Vermächtniß einer, vom Erben anzuschaffenden Gattungssache kann in Frage kommen, ob dasselbe auch die Zubehörungen begreift, ohne welche die Sache nicht gebraucht werden kann, ob also der Erbe auch diese Nebensachen zu beschaffen hat. Eine allgemeine Regel wird sich hierüber nicht aufstellen lassen, da es immer darauf ankommt, aus den obwaltenden Umständen die Willensmeinung des Testators zu entnehmen.

233. Hat der Testator schlechthin „sein Haus" vermacht, so sind im Zweifel Möbeln und Hausrath nicht unter dem Legat begriffen;[1]) wohl aber bei dem Vermächtniß eines Hauses „sammt allem, was darin ist."[2]) Ob im letzteren Falle das Legat sich auch auf solche Sachen erstreckt, die gar nicht unter den Begriff von Zubehör fallen, ist im Wege der Willensauslegung zu entscheiden.[3])

234. Ein Fall, wo es sich gleichfalls nicht um Zubehör im juristischen Sinne, sondern um die Frage handelt, ob etwas zu dem Vermächtnisse einer Sachengesammtheit gehöre, ist der von Scaevola in l. 40 § 2 D. de auro argent. (34, 2) entschiedene.[4])

Zubehör der vermachten Sache zu betrachten sei, haben für uns kein unmittelbar praktisches Interesse, da sie auf den damaligen Kulturverhältnissen beruhen. Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IX tit. II. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 129 nr. 7, 10—12, 25, 154. Schilter, Exerc. ad P. 39 § 86 f. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 22, 23. Sehr ausführliche, dem röm. Recht nachgebildete Bestimmungen enthält auch das Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II Buch 8 Tit. 9 ff. Die neueren Gesetzbücher beschränken sich auf die allgemeinen Grundsätze. So namentlich das Sächs. b. G.-B. § 2451 (s. B. I S. 579 Note 2).

[1]) Callistr. l. 14 D. de sup. leg. (33, 10): Fundo legato, instrumentum ejus non aliter legato cedit, nisi specialiter id expressum sit; nam et domo legata neque instrumentum ejus, neque supellex aliter legato cedit, quam si id ipsum nominatim expressum a testatore fuerit. Vergl. § 77 Tit. 2 Th. I Allg. Landr. „Möbeln, Hausrath und Geräthschaften gehören nicht nothwendig zum Hause."

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 28. Domo legata cum omnibus, quae in eo reperiuntur, censentur saltem legata, quae ad perpetuum domus usum sunt destinata.

[3]) Vergl. den in Glaser's und Unger's Sammlung der civilr. Entscheid. des obersten Gerichtshofes zu Wien III Nr. 1341 mitgetheilten Rechtsfall. Das Oesterr. bürg. G.-B. §§ 675—677 enthält einige hierher gehörige Auslegungsregeln.

[4]) Mulier decedens ornamenta legaverat ita: „Sejae, amicae meae, ornamenta universa dari volo;" eodem testamento ita scripserat: „funerari me arbitrio viri mei volo, et inferri mihi, quaecunque sepulturae meae causa feram ex ornamentis, lineas duas ex margaritis, et viriolas ex smaragdis;" sed

235. Der Zeitpunkt, nach welchem sich bestimmt, was Zubehör der vermachten Sache sei, ist der des Anfalles des Legats.[1])

236. Die im § 407 gegebene Auslegungsregel gilt auch nach römischem Recht.[2])

---

i. Vermächtnisse einer Schuldverschreibung.[3])

§ 408. «Ist Jemandem eine bestimmte Schuldforderung vermacht worden, so gebührt ihm das Kapital, nebst allen nach dem Tode des Erblassers fälligen Zinsen.»

237. Was die rechtliche Wirkung dieses Vermächtnisses betrifft,

---

neque heredes, neque maritus, quum humi corpus daret, ea ornamenta, quae corpori jussum erat adjici, dederunt; quaesitum est, utrum ad eam, cui ornamenta universa reliquerat, pertineant, an ad heredes. Respondit, non ad heredes, sed ad legatariam pertinere.

[1]) Scaevol. l. 28 D. quando dies leg. (36, 2): Si fundus instructus relictus est, quaeritur, quemadmodum dari debeat, utrum sicut instructus fuit mortis tempore, an eo tempore, quo facti sunt codicilli, an quo peti coepit. Respondit, ea, quibus instructus sit fundus, quum dies legati cedat, deberi. Id. l. 28 D. de instr. s. instrum. leg. (33, 7). — Auf diesem Grundsatze beruht auch das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 5. April 1850: Wenn in einem Testament ein Grundstück vermacht und diesem Grundstücke demnächst mit Wissen des Testators andere Grundstücke im Hyp.-Buche zugeschrieben worden, so sind die letzteren als Zubehör des ersteren und für mit legirt zu erachten. (Entscheid. B. 19 S. 168.)

[2]) Paul. l. 4 pr. D. de pen. leg. (33, 9): Nam quod liquidae materiae sit, quia per se esse non potest, rapit secum in accessionis locum id, sine quo esse non potest; vasa autem accessio legatae penus, non legata sunt... Ulp. l. 3 § 1 D. de trit. vin. (33, 6): Si vinum legatum sit, videamus, an cum vasis debeatur. Et Celsus inquit, vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri, non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti, scyphorum forte, vel speculi, sed quia credibile est, mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras... Pompon. l. 14 eod.: Vino legato ea demum vasa sequuntur, quae ita in usu sunt, ut non ad perpetuum usum vasa reservarentur, veluti amphorae et cadi. Vergl. Menoch. de Praesumt. Lib. IV praes. 152 nr. 21—28. Oesterr. bürg. G.-B. § 677 a. E. „— Zu einem Vermächtnisse flüssiger Sachen gehören auch die zu ihrer Verführung bestimmten Gefäße."

[3]) S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 22 Legatum nominis. Alb. Schmid,

so macht sich auch hier der im § 288 d. T. aufgestellte Grundsatz geltend:

„Das Eigenthum der in einem Testamente Jemandem zum Legate ausgesetzten Sachen und Rechte geht, in der Regel, mit dem Todestage des Erblassers auf den Legatarium über." [1])

So wenig daher überhaupt der Legatar bei dem Vermächtniß einer dem Erblasser zugehörigen Sache zur Erwerbung derselben in irgend einer Weise der Vermittelung des Erben bedarf, so wenig kann es bei dem Vermächtnisse von Schuldforderungen, welche ja das Allgemeine Land-Recht gleichfalls als Gegenstände des Eigenthums auffaßt, einer solchen Vermittelung bedürfen; vielmehr ist das ein solches Vermächtniß anordnende Testament mit dem Augenblicke, wo es in rechtliche Wirksamkeit tritt, für sich allein geeignet, die vermachte Forderung in das Eigenthum des Legatars zu übertragen und eben dadurch auch den Letzteren, dem Schuldner gegenüber, zur Einziehung der überwiesenen Schuld, sowie zu jeder anderen Verfügung darüber zu legitimiren. [2])

Dafür spricht, daß schon nach römischem Recht bei diesem Vermächtniß der Legatar ohne Weiteres die auf Geltendmachung der Forderung gerichteten actiones utiles erhielt [3]) und in der Folge auch jeder

---

die Grundlagen der Cession Th. I S. 206 f. Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts I S. 216 ff.

Der im Marginal gewählte Ausdruck „Schuldverschreibung," der nur auf verbriefte Forderungen sich bezieht, ist unpassend, da auch nicht beurkundete Forderungen Gegenstand eines Vermächtnisses sein können. Ueberdies ist jener Ausdruck dem unjuristischen Sprachgebrauche des gemeinen Lebens entnommen. Brunnemann, com. in P. ad l. 59 de leg. 3: Cum appellatione chirographi jus omne, quod in chirographo continetur, comprehenditur, ideoque legato chirographo, debitum ipsum legatum esse videtur. Menoch, Lib. 3 praesumt. 140 nr. 3.

[1]) Vergl. die Erörterungen Bd. I S. 555 f.

[2]) Diese Ansicht ist näher ausgeführt in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 216—220 und in der ebendas. IX S. 515 ff. mitgetheilten Abhandlung von Dr. Ernst Traugott Rubo so wie in der Abhandlung des Prof. Paul Hinschius in der Preuß. Anwalts-Zeitung Jahrgang 1862 S. 1 ff.

Die entgegengesetzte Ansicht vertheidigt Koch in der Jur. Wochenschrift für die Preuß. Staaten 1836 S. 605, derselbe in seiner Schrift „die Lehre von dem Uebergange der Forderungsrechte," Breslau 1837 § 28, desgleichen R. B. in den genannten „Beiträgen" IV S. 365 f.

[3]) l. 18 C. de leg. (6, 27): Ex legato nominis, actionibus ab his, qui successerunt non mandatis, directas quidem actiones legatarius habere non potest, utilibus autem suo nomine experietur.

Brinz, Lehrb. der Pand. § 220 S. 940: — Beim nomen legatum kann

formelle Unterschied zwischen diesen und den directae actiones verschwand. Auch die gemeinrechtliche Praxis hat sich entschieden dafür erklärt.[1]) Ihr folgt das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen,[2]) welches die ausdrückliche Bestimmung enthält:

§ 2477. „— Besteht die (vermachte) Forderung, so geht sie nach den Vorschriften im § 962[3]) auf den Vermächtnißnehmer über.“ [4])

sowie der Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuldverhältnisse (nach den in erster Lesung gefaßten Beschlüssen) von 1864:

Art. 343. „Bestimmt ein Gesetz, daß eine Forderung auf einen Anderen übergehen solle, oder hat ein Erblasser eine ihm zu-

---

an ein unmittelbares Geben nur unter der Voraussetzung gedacht werden, daß der Erblasser die betreffende Forderung selbst hat. Unter dieser Voraussetzung aber bekam der Legatar noch nach röm. Recht die vermachte Forderung unmittelbar, wenn auch nur utiliter, bekommt er sie heutzutage nach unserem Cessionsbegriffe sogar direct. Windscheid, die Actio des röm. Civilrechts S. 200: — Ein Forderungsrecht kann auch direct legirt werden; dann ist zwar der Erbe zur Cession nicht weniger verpflichtet. (l. 44 § 5, 6 D. de leg. 1); aber der Legatar kann sich auch auf die Verfügung des Testators unmittelbar berufen. Von einem Falle dieser letzteren Art handelt l. 18 C. de leg.

[1]) Voet, com. ad P. de leg. et fideic. nr. 20: — Sciendum tamen etiam sine cessione legatarium nominis utilibus posse actionibus et debitum persequi a debitoribus defuncti, et utiliter accessorias ratione pignorum et fidejussorum actiones exercere... Cod. Fabrian. Lib. VI tit. 18 def. 20: Ex legato nominis transferuntur in legatarium ipso jure utiles actiones, quae defuncto adversus debitorem competebant, nec ulla in eam rem ab heredibus facienda cessione opus est, cui consequens sit, ut jura quoque hypothecarum transferantur... Ita senat. Sabaudiae M. Jan. 1594. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 7 § 13 Nr. 1: — Ob und wie Legatarius noch ante cessionem actionis ab herede factam den Schuldner klagen könne, ist heut zu Tag, da der ehemalige Unterschied inter actionem utilem et directam cessirt, kein Frag mehr.

[2]) Daß das Oesterr. bürg. G.-B. § 664 an der Nothwendigkeit der Cession festhält, ist nur eine Folge des von ihm über den Vermächtnißerwerb im § 684 (abweichend von unserem § 288) aufgestellten allgemeinen Grundsatzes. S. B. I S. 590.

[3]) „Die Abtretung einer Forderung... kann mittelst letztwilliger Verfügung des Gläubigers geschehen.“

[4]) Siebenhaar, Com. III S. 366 bemerkt dazu: Die Beziehung auf den § 962 hat den Zweck, anzuzeigen, daß die dem Erblasser gegen den Dritten zustehende Forderung auf den Bedachten ohne Weiteres übergeht, es also einer Abtretung von Seiten des Erben nicht bedarf.

stehende Forderung einem Anderen vermacht, so erfolgt der Uebergang der Forderung sofort, ohne eine Willenserklärung des bisherigen Gläubigers oder des Erben, mit dem Vorhandensein der Voraussetzungen des Uebergangs auf den neuen Gläubiger."

Die Thätigkeit des Erben bei dem Forderungsvermächtniß beschränkt sich hiernach auf die Ueberlieferung der betreffenden Beweisurkunden sowie der etwa bestellten Pfänder[1]) — also auf ein einfaches exhibere, das, gleich der Verabfolgung der vermachten körperlichen Sache, sich nicht als Rechtshandlung — als traditio im juristischen Sinne — auffassen läßt.

Ein ganz anderer Fall ist, wenn eine Forderung des Erben oder eines Dritten Gegenstand des Vermächtnisses ist.[2]) Gleichwie bei dem Legat einer körperlichen, dem Testator nicht eigenen Sache dem Erben eine Rechtshandlung — nämlich die Eigenthumsübertragung — obliegt, so ist hier das Legat nur durch eine von dem Erben vorzunehmende bez. von ihm zu bewirkende Rechtsübertragung zur Ausführung zu bringen,[3]) während bei dem gewöhnlichen Forderungslegat die Vermächtnißanordnung selbst schon diese Rechtsübertragung in sich faßt.[4])

---

[1]) Erneuerte Frankf. Reformat. Th. IV Tit. 6 § 18. „Auch mag der Testirer seine Jura, Actiones, Zuspruch und Schulden, setzen, wem er will, Und ist der Erb schuldig, dem Legatario die Brieff und anders darüber sagende, zuzustellen, solche Forderungen ihme selber zum besten haben einzubringen —."

[2]) Das Legat einer dem Erblasser gegen den Erben zustehenden Forderung ist wie jedes andere nomen legatum zu behandeln. S. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 223 f.

[3]) Berger, oecon. jur. Lib. II tit. IV c. 24 nota 5: — si legetur res incorporalis aliena, ut nomen extranei, idque activum, heres vel a creditore, soluto huic pretio idem illud emat, et cedendum curabit legatario, vel si illud efficere non possit, eidem pretium praestabit. Sächs. bürg. G.-B. § 2481. „Die Vorschriften in §§ 2477 bis 2480 finden auch Anwendung, wenn die vermachte Forderung dem Beschwerten oder einer anderen Person zusteht. Der Beschwerte hat in dem ersteren Falle dem Vermächtnißnehmer die Forderung abzutreten, im letzteren Falle demselben die Forderung zu verschaffen."

[4]) Diese Rechtsübertragung läßt sich allerdings nicht als eigentliche Cession auffassen, weil letztere einen Act unter Lebenden darstellt (vergl. P. Hinschius a. a. O. S. 4 Note 4. Rubo a. a. O. S. 518 f.); aber sie hat die volle Wirkung einer solchen, indem sie den Legatar dem Schuldner gegenüber als denjenigen legitimirt, welcher „das Recht (des Erblassers) als das seinige auszuüben befugt sein soll." Und mehr bedarf es nicht, um den Rechtsübergang zu bewirken.

238. Mit der Hauptforderung selbst gehen alle Accessionen derselben auf den Legatar über. Unser Landrecht gedenkt hier nur der Zinsen und zwar mit der Beschränkung auf die „nach dem Tode des Erblassers fälligen." Es enthält dies eine Abweichung vom römischen Recht,[1]) stimmt jedoch mit der älteren gemeinrechtlichen Praxis überein.[2]) Das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch ist dem richtigeren Grundsatze des römischen Rechts gefolgt.[3])

239. Ueber das Vermächtniß einer alternativen Forderung oder einer Forderung gegen Correalschuldner vergl. l. 75 § 4 l. 76 l. 82 § 5 D. de leg. 1, l. 13 pr. l. 50 § 1 D. de leg. 2 und Sächs. bürgerl. G.-B. §§ 2479, 2480.[4])

---

§ 409. «Ist die Schuld unrichtig, oder der Schuldner unvermögend, so trifft der Verlust den Legatarium.»

§ 410. «Ist die Schuld getilgt, so kann auch der Legatarius nichts fordern.»

240. Gleichwie das Legat einer körperlichen Sache deren Vorhandensein überhaupt, sowie deren Nochvorhandensein zur Zeit des Todes

---

[1]) Scaevola, l. 34 pr. D. de leg. 3: Nomen debitoris in haec verba legavit: „Titio hoc amplius dari volo decem aureos, quos mihi heredes Gaji Seji debent, adversus quos ei actionem mandari volo, eique eorundem pignora tradi." Quaero, utrum heredes tantum decem dare debeant, an in omne debitum, hoc est in usuras, debeant mandare. Respondit: videri universam ejus nominis obligationem legatam... Vergl. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 7. Oktober 1833: Die Vorschrift der l. 1 C. de usur, (6, 47), daß Zinsen von Legaten nur vom Tage der Litiscontestation an gefordert werden dürfen, leidet bei einem legatum nominis keine Anwendung, indem dabei dem Legatar nach der richtigeren Meinung alle Zinsen gebühren, die der Testator, falls er am Leben geblieben wäre, selbst hätte beziehen können. (Seuffert, Archiv XV Nr. 145.)

[2]) Hommel, Rhaps. III obs. 457: Licet usurae sint accessio sortis, tamen cum singulis momentis veniant, illae demum usurae accedunt legatario, quae post mortem testatoris crevere. Anteriores testatoris heredibus cedunt. Gebr. Overbeck, Medit. III Nr. 174.

[3]) § 664. „Vermacht der Erblasser Jemanden eine Forderung, die er an einen Dritten zu stellen hat, so muß der Erbe die Forderung sammt den rückständigen und weiter laufenden Zinsen dem Legatar überlassen."

[4]) Diese Vorschriften betreffen Fälle, die wohl in einem examen rigorosum vorkommen mögen, aber schwerlich im Rechtsleben.

des Erblassers voraussetzt, so ist auch das Forderungsvermächtniß durch die rechtliche Existenz der betreffenden Forderung und durch deren Fortexistenz in jenem Zeitpunkte bedingt.[1]) Auch darin stehen beide Legate sich gleich, daß der Legatar den wirklich vorhandenen Vermächtnißgegenstand in der Beschaffenheit, in der er sich zur Zeit des Anfalles befindet, überkommt. Der Erbe hat daher für die Einziehbarkeit der

---

[1]) Ulp. l. 75 § 1 D. de leg. 1: Si mihi, quod Titius debet, fuerit legatum, neque Titius debeat, sciendum est, nullum esse legatum ... § 2. Quodsi addiderit: „decem, quae mihi Titius debet, lego," sine dubio nihil erit in legato. Nam inter falsam demonstrationem et falsam conditionem sive causam multum interest. Proinde et si Titio decem, quae mihi Sejus debet, legavero, nullum erit legatum, esse enim debitor debet. Nam et si vivus exegissem, extingueretur legatum; et si debitor maneret, actiones adversus eum heres meus duntaxat praestare cogeretur. Papin. l. 25 § 1 D. quando dies leg. (36, 2): „Heres meus Titio dato, quod mihi Sejus debet;" si Sejus pupillus sine tutoris auctoritate nummos accepisset, nec locupletior factus esset, et petitor ad praesens debitum verba retulit, quia nihil ejus debet, nullius momenti legatum erit... (Vergl. über diese Stelle Alb. Schmid, die Grundlehren der Ceff. I S. 55 f.) § 21 J. de leg. (2, 20): — quod defuncto debetur potest alicui legari, ut actiones suas heres legatario praestet, nisi exegerit vivus testator pecuniam; nam hoc casu legatum extinguitur... Terent. Clemens l. 21 pr. D. de lib. leg. (34, 3): Si id, quod mihi deberes ... alii legavero, idque mihi solveris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguitur legatum.

Vergl. Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetzung S. 133—138.

Erneuerte Frankf. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 18 a. E. „— Doch wann der Testator solche Forderungen und Schulden bey seinen Lebtagen selber hett eingebracht, so were dardurch das Legat gefallen und erloschen." Revid. Landr. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 1. „Es mögen auch — unleibliche und unbegreiffliche Ding, als Schuld ... legirt und verschafft, und also auch derselben Klag dem Legatario übergeben werden. So aber der Gestorbene in seinem Leben dieselbe Schuldt geheischt, und sich dero, über vorgethane Verordnung, wieder angemaßt, wird solches Legat für unbündig gehalten..." Sächs. bürg. G.-B. § 2477. „Das Vermächtniß einer Forderung, welche dem Erblasser an einen Dritten zusteht, fällt weg, wenn die Forderung nicht vorhanden ist, selbst wenn ein Betrag ausgedrückt ist..." § 2421. „Hat ein Vermächtniß eine Forderung des Erblassers an einen Dritten zum Gegenstande, so fällt dasselbe weg, so weit die Forderung bei Lebzeiten des Erblassers getilgt wird."

Die Novation der vermachten Forderung hebt das Legat nicht auf. l. 76 § 3 D. de leg. 2.

vermachten Forderung, wie der § 409 ausdrücklich ausspricht, keinerlei Gewähr zu leisten.[1])

---

§ 411. «Wird aber die Schuld nur durch Gegenforderungen aufgehoben, die nach dem Zeitpunkte, da das Legat ausgesetzt worden, entstanden sind, und worüber sich der Erblasser mit dem Schuldner nicht berechnet hatte, so kann der Legatarius den Betrag des Hauptstuhls aus der Masse fordern.»[2])

§ 412. «Hat der Schuldner die Schuld zwar bezahlt, der Testator aber das von ihm empfangene Geld bis an seinen Tod besonders aufbewahrt, so gehört dasselbe, wenn nicht eine andere Absicht des Testators dabei klar erhellt, dem Legatario.»

§ 413. «Eben das gilt, wenn der Testator das für die vermachte Schuld eingegangene Geld sogleich in eben derselben oder einer minderen Summe wieder ausgeliehen hat.»

241. Die bloße Einforderung der Schuld Seitens des Testators kommt hier nicht in Betracht, da sie noch nicht auf den Ademtionswillen schließen läßt.[3]) Hat aber der Schuldner gezahlt, es sei

---

[1]) Julian. l. 105 D. de leg. 1: — nihil amplius ex hoc legato, quam actiones suas heres praestare debet. Paul. l. 22 § 3 D. ad L. Fal. (35, 2): Si debitori liberatio legata sit, quamvis solvendo non sit, totum legatum computabitur... § 4. Sed si alii hoc nomen legetur, nullum legatum erit, nec ceteris contribuetur.

[2]) Vergl. Dernburg, die Compensation nach röm. Recht (Heidelb. 1854) S. 393, 394: „Der Legatar, dem ein Erbschaftsausstand vermacht ist, muß sich die dem Schuldner bereits gegen den Erblasser erwachsenen kompensabeln Gegenforderungen, somit die Gegenforderungen, welche derselbe vom Augenblicke des Erbschaftsantritts bis zur Insinuation gegen den Erben geltend machen konnte, anrechnen lassen, wie er sich natürlich vom Momente der Insinuation an Compensation eigener Schulden gefallen lassen muß. Wurde aber der Erbe durch jene Compensation von einer eigenen oder einer Erbschaftsschuld befreit, so ist er dem Legatar ex legato zur Entschädigung verpflichtet."
Ein besonderer hierher gehöriger Fall ist behandelt in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 220 f. IV S. 374 f. S. 381 f.

[3]) Vinnii com. in § 21 J. 2, 20 nr. 4: Quid ergo, si cum pecunia peti coepta esset, testator inter moras judicii, aut etiam post sententiam nondum facta solutione decesserit? Bart. in l. 6 de instr. v. instrum. leg. putat,

aus eigenem Antriebe oder auf Verlangen des Testators, so ist das Forderungslegat gegenstandslos geworden, also aus einem objectiven Grunde erloschen.[1]) Es kann deshalb nur die Frage sein, „ob der Erblasser an die Stelle der vermachten Forderung den erhaltenen Schuldgegenstand treten lassen wollte, ob er also das Vermächtniß des Geschuldeten in das Vermächtniß des Empfangenen umwandeln wollte.“[2]) Die §§ 412. 413 kommen in dieser Hinsicht mit Rechtsvermuthungen zu Hülfe, die schon das gemeine Recht aufstellt.[3])

242. Die folgenden §§ 414, 415 enthalten ebenfalls Auslegungsregeln, die jedoch allgemeinerer Natur sind und daher eigentlich nicht hierher gehören. Sie beziehen sich auf das Legat eines Sacheninbegriffs und haben den Zweck, den Umfang eines solchen zu bestimmen.[4])

---

eo casu petitionem legati superesse, nec intelligi ademtum legatum, quamdiu res non desiit esse plane integra...

[1]) Ulp. l. 11 § 13 D. de leg. 3: Ergo et si nomen quis debitoris exegerit, quod per fideicommissum reliquit... extinguitur ipsa constantia debiti — § 21 J. de leg. (2, 20): — nisi exegerit vivus testator pecuniam: nam hoc casu legatum extinguitur...

[2]) Unger, § 72 Note 2, welcher mit Recht die aus dem Gesichtspunkte des Widerrufes getroffenen Bestimmungen des Oesterr. G.-B. §§ 724, 725 tadelt („Ein Legat wird für widerrufen angesehen, wenn der Erblasser die vermachte Forderung eingetrieben und erhoben hat —.“ „Wenn aber der Schuldner die Forderung aus eigenem Antriebe berichtigt hat, so besteht das Legat.“)

[3]) l. 11 § 13 l. 64 D. de leg. 3, l. 88 pr. D. de leg. 2, l. 23, 31 § 3 D. de adim. leg. (34, 4). Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 2 nr. 19. Menoch, de Praesumt. Lib. IV. praes. 168. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 19. Vergl. auch Bornemann VI. S. 91, 92. Geyert, Lehre von den Vermächtnissen S. 198.

[4]) S. oben Nr. 233. Vergl. Paul. l. 92 § 1 D. de leg. 3: His verbis domibus legatis: „fidei heredum meorum committo, ut sinant eum habere domos meas, in quibus habito, nullo omnino excepto, cum omni instrumento et repositis omnibus,“ non videri testatorem de pecunia numerata, aut instrumentis debitorum sensisse. l. 78 § 1 eod. l. 86 pr. D. de leg. 2.

Hierher gehört auch der in Seuser's Annalen VI S. 647, 660 mitgetheilte Rechtsfall: In einem Testamente war bestimmt, daß die Pflegetochter des Testators unter Andern zum Voraus „den Kleiderschrank mit Allem, was sich darin befindet“ erhalten solle. Bei dem Tode des Testators fand sich im Kleiderschrank eine ansehnliche Summe Geldes. Das O.-A.-G. zu Cassel sprach sie der Legatarin zu — „da daraus, daß das Geld in dem Schranke befindlich gewesen, an sich folgt, daß es zum Legate gehörig ist, auch aus dem Faktum des Hineinlegens des Geldes in den Schrank die

§ 416. «Hat der Testator nur die Zahlung einer vermachten Summe aus einem ausstehenden Capital angewiesen; so muß der Erbe diese Zahlung leisten, wenn gleich das Capital von dem Testator nachher eingezogen worden.»

§ 417. «Ist aber die Schuld unrichtig, oder der Schuldner unvermögend; so ist das Vermächtniß ohne Wirkung.»

243. Der hier vorgesehene Fall ist von dem Forderungsvermächtniß völlig verschieden. Es liegt dabei eine doppelte letztwillige Anordnung vor: a) die Aussetzung eines bestimmten Geldvermächtnisses, b) die Bestimmung des Fonds, aus welchem dasselbe entrichtet werden soll. Die Frage ist, ob damit das Vermächtniß von dem Vorhandensein und der Tauglichkeit des angewiesenen Zahlungsmittels abhängig gemacht sei.

Die Vorschrift des § 416 gilt auch nach gemeinem Recht[1]) und

---

Absicht des Testators, solches dem Legate hinzuzufügen, zu folgern ist, mithin, wenn eine gegentheilige Absicht des Testators gezeigt werden soll, die desfallsige Nachweisung dahin gerichtet sein muß, auch zu zeigen, daß jenes an sich zu einer anderen Folgerung führenden Faktums ungeachtet, dennoch eine andere Absicht des Testators bestanden habe."

In Beziehung auf Inhaberpapiere sagt Kuntze, die Lehre von den Inhaberpapieren S. 710, 711: Es ist hier das sachliche Element des Inhaberpapiers bei der Entscheidung zu Grunde zu legen, weil dieses im Vordergrunde steht und maßgebend ist, so lange es sich nicht um endliche Realisirung (Einlösung) handelt; durch Annexation des nomen an den Papierbesitz ist das Papier (als Sache) gleichsam der Verkehrsregulator des obligatorischen Vermögenswerthes geworden; wo das Papier ist, da befindet sich der Vermögenswerth, da befindet sich gleichsam der im Papiere ausgedrückte und durch das Papier aus der Willenssphäre des Schuldners gelöste Schuldwille; dieser in Papier objectivirte Schuldwille ist das Object der Vermögensherrschaft und auf dessen räumlicher Bestimmtheit kommt es hier eben an. — Die Unterscheidung, wie sie in Betreff der gewöhnlichen Schuldurkunden nach § 414 Tit. 12 Th. 1 des Allgem. Land-Rechts stattfindet, widerspricht dem Karakter der Inhaberpapiere, weil bei ihnen im Verkehr (zwischen Geber und Nehmer) das sachliche Element vorherrscht und somit das Papier den andern Mobilien gleichsteht.

Vergl. auch die detaillirten Bestimmungen des Oesterr. bürg. G.-B. §§ 675—677 und des Sächs. bürg. G.-B. §§ 2464—2466.

[1]) Julian. l. 96 pr. D. de leg. 1. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 168

die des § 417 stimmt wenigstens mit der gemeinrechtlichen Praxis überein.[1])

---

§ 419. «Ist ein Vermächtniß auf gewisse jährliche Einkünfte angewiesen, so kann der Legatar nicht mehr fordern, als die Einkünfte wirklich betragen.»

§ 420. «Doch müssen die Ausfälle Eines Jahres aus den Ueberschüssen, welche in den nächstfolgenden drei Jahren sich ereignen, so weit diese dazu hinreichen, vergütet werden.»

244. Diese Grundsätze sind gemeinen Rechtens.[2]) Nur bei Alimen-

---

nr. 3: — quando testator demonstrationis gratia nominavit debitorem, ut ex illius credito legatum praestaretur, ut si dixit: lego centum Cajo, quam summam praestari volo ex credito, quod mihi est cum Sempronio; hoc casu exacto ipso Sempronio, nihilominus legatum non censetur ademptum. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 51: Alia ratio est, si testator certam quantitatem ex suis bonis legaverit, et certum nomen designaverit, unde hoc capi possit, quod licet postea exegerit, legatum tamen non censetur revocatum. (Mittheilung eines Responsum der Frankf. Jur. Fac. vom December 1688.)

[1]) Vergl. die von Leyser, Med. ad P. spec. 393 m. 1, 2 mitgetheilte, wiewohl von ihm getadelte Entscheidung der Frankf. Jur. Fac. vom Janur 1722. — Suarez bemerkte in der Revision der Monita zum gedruckten Entwurf: „Es ist wohl eine sehr natürliche Vermuthung, daß der Testator, indem er den Legatarium auf diese Post anweist, bei Stiftung des Legats selbst darauf, daß diese Post zu seinem Vermögen gehöre, Rücksicht genommen habe und das Legat nicht würde gemacht haben, wenn er gewußt hätte, daß er um so viel ärmer sei. Dagegen hat es kein Bedenken, daß das Legat reviviscire, wenn der debitor ad meliorem fortunam kommt." (Bornemann VI S. 93.) Dieser Bemerkung läßt sich freilich entgegensetzen, daß ebenso denkbar ist, der (vielleicht sehr begüterte) Testator würde dem Legatar ein anderes Zahlungsmittel angewiesen haben, wenn er die Untauglichkeit des gewählten gekannt hätte. Es handelt sich hier immer um eine Willensauslegung, und es bleibt deshalb mißlich, eine für alle Fälle geltende Regel aufzustellen. Vergl. Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 174. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 853 f. B. 3 S. 238 f.

Ueber die Frage ob der Legatar zu dem angewiesenen Schuldner in einem Rechtsverhältnisse stehe, s. „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 225.

[2]) Die älteren Rechtslehrer unterscheiden dabei, ob die Anweisung des Fonds taxationis oder nur demonstrationis causa geschehen sei (gestützt auf Julian.

tenvermächtnissen leidet die im § 419 ausgesprochene Beschränkung keine Anwendung.[1]) Der Satz des § 420 findet sich ebenfalls schon bei den Pandektenjuristen, wiewohl ohne Feststellung eines bestimmten Zeitraums.[2]) Ueber den Unterschied eines solchen Legats von dem Vermächtnisse des Nießbrauchs eines Grundstückes handelt Scaevola in l. 38 D. de usu et usufr. (33, 2).[3])

Ist das Vermächtniß des Nießbrauches mit einem solchen Legate belastet, so erlischt letzteres mit Endigung des Nießbrauches.[4])

---

l. 5 D. de trit. 33, 6: Quum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit, et quasi taxationis vicem obtinere haec verba: „quod datum erit"). Averan., Interpret. jur. Lib. II cap. 27. Brunnemann, com. in P. ad leg. 17 de ann. leg. nr. 2, 3. Id. ad l. 5 de trit. vin. leg. nr. 1 sq. Geiger und Glück, merkw. Rechtsfälle B. 1 S. 159 f. Vergl. auch Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 5. „In Quantitate legata, da nämlich Jemand ein gewisses Quantum, z. E. am Gelde, Getreide oder dergl. legirt, und der Fond, wo man solches zu erholen haben soll, angewiesen wird, ist 1mo zu unterscheiden, ob die Anweisung nur Demonstrationis oder Taxationis gratia geschehen sey. Erstenfalls muß das ganze Quantum entrichtet werden, wenn sich gleich bei dem angewiesenen Fonde weniger findet; andernfalls aber nur das Quantum, was sich alldort wirklich bezeigt. 2do Ist in Dubio die Vermuthung, daß die Anweisung mehr Demonstrationis als Taxationis gratia geschehen sey."

[1]) l. 12 D. de alim. v. cib. leg. (34, 1).

[2]) l. 17 § 1 D. de ann. leg. (33, 1) l. 13 D. de trit. (33, 6) l. 26 pr. D. quand. dies leg. (36, 2).

[3]) „Fundi Aebutiani reditus uxori meae, quoad vivat, dari volo." Quaero, an possit tutor heredi fundum vendere, et legatario offerre quantitatem annuam, quam vivo patrefamilias ex locatione fundi redigere consueverat. Respondit, posse. Item quaero, an habitare impune prohiberi possit. Respondit, non esse obstrictum heredem ad habitationem praestandam. Item quaero, an compellendus sit heres reficere praedium. Respondit, si heredis facto minores reditus facti essent, legatarium recte desiderare, quod ob eam rem deminutum sit. Item quaero: quo distat hoc legatum ab usufructu? Respondit, ex his, quae supra responsa essent, intelligi differentiam. Vergl. auch Schilter, Exerc. ad P. 39 § 71.

[4]) l. 19 pr. D. de ann. leg. (33, 1), l. 20 § 2 D. de alim. v. cib. leg. (34, 1) Vergl. Donell. com. de jure civ. Lib. X cap. 5.

k. Vermächtniß des Gebrauchs oder Nießbrauchs.

§ 421. «Ist Jemandem der Gebrauch oder Genuß einer Sache vermacht worden, und dem Vermächtnisse keine Bestimmung einer gewissen Zeit beigefügt, so behält der Legatarius den Vortheil auf Lebenslang; und derjenige, welchem die Substanz als Erben, oder vermöge eines anderen Vermächtnisses zufällt, kann auf den Mitgebrauch oder Mitgenuß keinen Anspruch machen.»

245. Gaj. l. 3 pr. D. de usufr. (7, 1): Omnium praediorum jure legati potest constitui ususfructus, ut heres jubeatur dare alicui usumfructum. Dare autem intelligitur, si induxerit in fundum legatarium, eumve patiatur uti frui . . . Ulp. l. 7 pr. eod.: Usufructu legato omnis fructus rei ad fructuarium pertinet. Et aut res soli aut rei mobilis ususfructus legatur. § 1. Rei soli, utputa aedium usufructu legato, quicunque reditus est, ad usufructuarium pertinet, quaeque obventiones sunt ex aedificiis, ex areis et ceteris, quaecunque aedium sunt.[1])

[1]) Ueber die Fälle, in denen es zweifelhaft ist, ob der Nießbrauch oder das volle Eigenthum der Sache vermacht ist, vergl. Menoch, de praesumt. Lib. IV praes. 133. Proprietas rei, non autem solus ususfructus, quando legata praesumatur, etsi ususfructus aliqua mentio fit. praes. 134. Ususfructus tantum, non autem proprietas quibus conjecturis legatus praesumatur.

Glück, Comment. IX S. 191 f. — Ueber die Frage, ob bloßer Gebrauch oder Nießbrauch vermacht sei, s. Menoch Lib. IV praes. 135. Usufructu legato, quando solus ipse usus relictus praesumatur; desgl. über die Frage, ob ein Nießbrauchs- oder ein Rentenvermächtniß vorliege: l. 58 § 1 D. de usufr. (7, 1) und Menoch Lib. praes. 136. Vergl. auch Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 147. „Sind bloß die Früchte oder das Einkommen einer Sache vermacht und dabei Worte, welche den Nießbrauch bezeichnen, nicht gebraucht worden, so hat der Beschwerte die Sache zu behalten und nur Früchte und Einkommen an den Bedachten abzuliefern." Auch nach röm. Recht gilt im Zweifel der Nießbrauch als lebenslänglich vermacht. Ulp. l. 10 § 2 D. de usu et hab. (7, 8): Sed si sic relictus sit: „illi domus ususfructus habitandi causa . . . § 3 Utrum unius anni sit habitatio, an usque ad vitam, apud veteres quaesitum est. Et Rutilius, donec vivat, habitationem competere ait, quam sententiam et Celsus probat libro XVIII Dig. Vergl. Ulp. l. 39 § 4 D. de leg. 1: Si quis alicui legaverit, licere lapidem caedere, quaesitum est, an etiam ad heredem hoc legatum transeat. Et Marcellus negat, ad heredem transmitti, nisi nomen heredis adjectum legato fuerit.

246. Zur Rechtfertigung des Schlußsatzes des § 421 sagt Suarez in den amtlichen Schlußvorträgen:

„Nach der l. 19 D. de usu et usufr. leg. war, wenn dem Einen die Sache und dem Anderen deren Nießbrauch vermacht worden, der letztere, selbst gegen den Willen des testatoris, beiden gemein. Diese sonderbare Vorschrift, an deren Anwendbarkeit in unsern foris schon Stryk in U. M. lib. VII tit. 2 § 2 zweifelt, ist in dem § aufgehoben." [1])

Hierbei hat auch Suarez sowohl die ältere als die neuere Doctrin und Praxis für sich.[2])

---

[1]) Schon bei der Revision der Monita zum gedruckten Entwurf bemerkte derselbe: „Wenn dem Einen die Substanz und dem Andern der ususfructus einer Sache vermacht worden war, so gehörte, nach bisheriger Theorie, der ususfructus beiden gemeinschaftlich. Allein dazu scheint mir gar kein Grund vorhanden zu sein, vielmehr muß nach der Natur der Sache der ususfructus so lange dauern, als der Legatarius desselben lebt. Dem Legatarius der Substanz bleibt immer das Eigenthum derselben, welches er auf seine Erben transmittirt, und mit welchem nach dem Tode des Legatars der ususfructus konsolidirt wird. Er hat also Vortheile genug aus dem Legat, und man darf nicht erst zu so gezwungenen Auslegungen seine Zuflucht nehmen, um zu verhüten, daß das legatum substantiae nicht inutile werde." (Bornemann VI S. 95.)

[2]) Vinnii sel. jur. quaest. Lib. II cap. 26 i. f.: — Similiter, si testator alii fundum, alii usumfructum ejusdem fundi legaverit eo proposito, ut alter nudam proprietatem haberet, simplicitati morum nostrorum non convenit, ut ususfructus contra mentem testatoris communicetur secundum l. 19 D. de usufr. leg. et nescio cujus subtilitatis objectu impediatur, ne suprema hominum judicia exitum habeant ... Vergl. Voet, com. ad P. VII, 1 nr. 8. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 23. Groenewegen, tr. de legib. abrogat et inusitat. p. 225 und die in Glück's Com. IX S. 188 f. angeführten Schriftsteller, desgl. die Abhandl. von Dr. Guil. Francke: Observationum de jure legatorum et fideicommiss. sectio I (Jen. 1832).

Jhering in seinen Jahrbüchern für die Dogmatik I S. 33, 34 sagt hierüber: „Der Testator vermacht seinem Neffen sein Landgut, bestimmt aber, daß seine Wittwe den lebenslänglichen Nießbrauch daran haben solle. Wie ist hier nach Puchta zu entscheiden? Die Wittwe und der Neffe bekommen jeder die Hälfte des Nießbrauchs. Unglaublich, wird jeder ausrufen, und mit Recht! Man vergleiche aber Puchta's Pandekten § 532 am Ende, dort ist dieser Satz wörtlich enthalten unter Verweisung auf l. 19 de usu et usufr. (33, 2) und mit Hinzufügung eines Grundes, der auf Puchta's eigne Rechnung kömmt, nämlich „da man nicht ohne Weiteres annehmen kann, daß der Testator das Eigenthumsvermächtniß durch jene zweite Verfügung auf die bloße Proprietät reducirt habe." Dieser Grund gehört zu denen, mit denen der Jurist im Zustande der Verzweiflung zu operiren pflegt, um das Unerklärliche zu erklären; in einem solchen exegetischen

So bestimmt auch das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen:

§ 2470. „Ist einer Person das Eigenthum einer Sache, einer anderen Person der Nießbrauch an derselben Sache vermacht, so ist anzunehmen, daß der ersteren das Eigenthum ohne Nießbrauch, der letzteren der Nießbrauch ohne Eigenthum vermacht ist."

---

§ 423. «Ist aber der Gebrauch oder Genuß einer Corporation, Gemeine oder anderen moralischen Person, ohne Zeitbestimmung zugewendet, so dauert das Vermächtniß nur fünfzig Jahre.»

§ 424. «Hingegen laufen die einer moralischen Person beschiedenen jährlichen oder sonst zu gewissen Zeiten wiederkehrenden Hebungen, soweit als das Legat an sich gültig ist, im Mangel einer näheren Bestimmung, so lange fort, als die moralische Person noch vorhanden ist.»

247. Auch die erstere Vorschrift enthält eine beabsichtigte Ab-

---

Nothstande ist ihm wie einem Ertrinkenden auch ein Strohhalm recht, um sich daran zu halten. Jeder Unbefangene wird sich hier nämlich für das gerade Gegentheil des Grundes erklären. Weil der Testator seiner Wittwe den Nießbrauch vermacht hat, darum kann man nicht annehmen, daß er dem Neffen etwas Anderes hat zuwenden wollen, als die bloße Proprietät. Wie löst sich nun das Räthsel? Auch hier handelt es sich wieder nur um eine römische Formel. Wollte Jemand dem Einen den Usufructus, dem Andern das Eigenthum vermachen, so lautete, wie jene Stelle angibt, die Formel dafür: Titio fundum detracto usufructu lego, Sejo ejusdem fundi usumfructum heres dato. Hatte er sich nun dieser Formel: detracto usufructu fundum lego nicht bedient, so folgerte man daraus, daß er jenes Resultat nicht beabsichtigt hatte, und dann concurrirten natürlich beide Personen im Usufructus. Hatte er Letzteres aber in Wirklichkeit nicht gewollt, sich also nur in der Formel vergriffen, so konnte man, wenn man einmal nicht das ganze Formelwesen aufgeben wollte, den Mißgriff nicht ungeschehen machen. Und das sollte heutzutage noch gelten?!" Uebereinstimmend hiermit bemerkt Brinz, Lehrb. der Pand. § 212 S. 901: — Hier war einer der Fälle, wo plus valet scriptura quam peractum sit, wo die Form und die Formel den Willen überwiegt, hier haben wir ein Stück Formularjurisprudenz ... Hier allerdings dürfen, ja müssen wir schon nach Maßgabe des Justinianischen Rechts den Ausspruch der l. 19 cit. für antiquirt erachten. Die Worte: „Ich vermache dem A mein Landgut, dem B den Nießbrauch daran," haben für uns keine formelle Kraft mehr, d. h. keine Kraft mehr gegen den Willen des Sprechenden, ja selbst für den Fall, daß kein anderer Wille ausgesprochen ist, schwerlich die von den Quellen angenommene Bedeutung. Uns drängt es zu der entgegengesetzten Präsumtion.

weichung vom römischen Recht, zu deren Rechtfertigung Suarez a. a. O. sagt:

„Nach der l. 8 D. de usufr. leg.[1]) dauert der einer moralischen Person ohne Zeitbestimmung vermachte Nießbrauch 100 Jahre; dies ist im § (424) auf 50 Jahre eingeschränkt,[2]) weil der hundertjährige Zeitraum, welchen alleg. l. 8 als den längsten Lebenstermin annimmt, heut zu Tage unter die halben Wunder gehört."

„Dagegen ist kein Grund zu einer solchen Einschränkung bei reditibus annuis, die einer solchen moralischen Person ohne Zeitbestimmung legirt worden, vorhanden, sobald nur das Legat an sich rechtsbeständig ist." [3])

---

l. Vermächtniß einer Passivschuld des Legatarii.[4])

§ 425. «Vermacht der Erblasser seinem Schuldner das, was dieser ihm selbst schuldig ist, so ist die Schuld, nebst allen vor und nach Errichtung des Testaments angeschwollenen Zinsen, für erlassen zu erachten.» [5])

248. Der römisch-rechtliche Grundsatz, daß die liberatio legata

---

[1]) (Gajus) Si ususfructus municipibus legatus erit, quaeritur, quousque in eo usufructu tuendi sint; nam si quis eos perpetuo tuetur, nulla utilitas erit nudae proprietatis semper abscedente usufructu; unde centum annos observandos esse constat, qui finis vitae longissimus esset. Ebenso Gaj. l. 56 D. de usufr. (7, 1). Vergl. Glück, Com. IX S. 325—329. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 186, 187. Das Sächs. bürg. G.-B. § 656 hat diese Bestimmung beibehalten.

[2]) Aus einem Versehen bei der Redaction ist der § 179 Tit. 21 stehen geblieben, wonach der einer moralischen Person beschiedene Nießbrauch „so lange dauert, als dieselbe moralische Person noch vorhanden ist." Auch das Oesterr. bürg. G.-B. § 529 a. E. bestimmt allgemein: — „Die von einer Gemeinde oder einer anderen moralischen Person erworbene persönliche Servitut dauert so lange, als die moralische Person besteht."

[3]) Dies gilt auch nach röm. Recht. Vergl. l. 6, l. 20 § 1 D. de ann. leg. (33, 1), l. 46 § 9 C. de episc. et cler. (1, 3).

[4]) Vergl. Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 164. Liberatione legata quid legatum atque relictum praesumatur. Schilter, Exerc. ad P. 39 §§ 101 sq. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 21. Legatum liberationis. In Betreff des Preuß. Rechts ist insbesondere zu verweisen auf die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläuterung des Preuß. Rechts" I S. 226 ff.

[5]) Das Liberationsvermächtniß — das Vermächtniß, dessen Gegenstand die Befreiung eines Schuldners von seiner Schuldverbindlichkeit bildet — ist dreifacher Art; denn die betreffende Schuldforderung kann a. dem Testator

allemal erst durch einen, dem Erben obliegenden und daher gegen ihn erzwingbaren, Befreiungsact in Vollzug gesetzt werde,[1]) ist nach unserem Landrechte im Falle des § 425 nicht anzunehmen. In den „Beiträgen" a. a. O. S. 227 f. ist hierüber bemerkt:

Nach Preußischem Rechte ist schon im Allgemeinen dem Legatar eine viel selbständigere Stellung gegeben. Er leitet sein Recht, gleich dem Erben, unmittelbar vom Erblasser her. Er bedarf daher, um dasselbe zur Geltung zu bringen, der Regel nach keiner Vermittelung des Erben, so wie auch sein Recht von der Erbschaftsantretung durchaus unabhängig ist. — Was aber insbesondere die hier in Betracht gezogene Vermächtnißart betrifft, so ist darauf hinzuweisen, daß das Allgemeine Land-Recht den Unterschied zwischen den ipso jure und den nur per exceptionem wirkenden Aufhebungsgründen der Obligationen gar nicht kennt, und dasselbe (Th. I Tit. 16 Abschn. 7) namentlich „die Entsagung der Rechte" unter den „Arten, wie Rechte und Verbindlichkeiten aufhören," ausdrücklich aufzählt.

Ein Schulderlaß tilgt die Obligation vollkommen so, wie die Zahlung. — Wenn daher der Gläubiger in einer rechtsbeständigen letzten Willensordnung einen solchen Erlaß ausspricht, so ist eben damit in dem Augenblicke, wo der letzte Wille in rechtliche Wirksamkeit tritt, also in dem Momente des Todes des Erblassers, die Schuldverbindlichkeit erloschen. Die letzte Willensordnung selbst vollbringt diesen Tilgungsakt und gibt zugleich eine vollgültige Beweisurkunde darüber ab. Dem Erben, auf welchen das Gläubigerrecht des Erblassers gar nicht übergegangen ist, bleibt nichts zu

---

selbst, b. seinem Erben, c. einem Dritten zustehen. Unser Landrecht hat nur über den ersten Fall, als den Hauptfall, besondere Vorschriften gegeben, ohne, wie sich von selbst versteht, dadurch die übrigen Arten ausschließen zu wollen. Ueber die eigenthümlichen Wirkungen einer jeden der gedachten Vermächtnißarten vergl. die angeführten „Beiträge" S. 226. S. 237 f. Das Sächs. bürg. G.-B. §§ 2482 ff. enthält besondere Bestimmungen über diese verschiedenen Arten des Liberationsvermächtnisses.

[1]) § 13 J. de leg. (2, 20), l. 3 § 3, l. 22, l. 25 D. h. t. (34, 3), l. 17 C. de fideic. (6, 42). „Diese Entscheidungen sind auch den römischen Rechtsprinzipien vollkommen gemäß. Sie beruhen einerseits auf der Stellung des Legatars zu dem Erben, als der ihm aus dem Testamente zu einem dare, facere oder praestare verpflichteten Person, welche den auf Begünstigung des Legatars gerichteten Willen des Erblassers und somit die Zuwendung selbst erst in Vollzug zu setzen hat, andererseits aber auf dem allgemeinen Grundsatze, daß ein Schulderlaß, so lange er nicht in die Form der acceptilatio gekleidet ist, zwar dem Schuldner eine exceptio gegen das Klagerecht des Gläubigers gibt, aber dieses Klagerecht selbst nicht ipso jure aufhebt, daß also die einem Erbschaftsschuldner vermachte liberatio erst durch einen solennen Rechtsakt des Erben zu Wege gebracht werden kann." („Beiträge" a. a. O. S. 227.)

thun übrig, als etwa die betreffende Schuldurkunde oder das zur Sicherung der Schuld gegebene Pfand dem befreiten Schuldner zurückzugeben. Im Uebrigen steht er zu dem Legatar so wenig in einem Rechtsverhältnisse als zu Demjenigen, dem eine Schuldforderung des Erblassers vermacht worden ist.

(S. die Abhandlung Nr. 4.)

Von einer analogen Anwendung der Vorschrift des § 86 Tit. 16:

„Wer Zahlung geleistet hat, ist Quittung, d. h., ein schriftliches Bekenntniß der empfangenen Zahlung, von dem Gläubiger zu fordern berechtigt"

kann hier keine Rede sein. Die Quittung ist bereits in der letztwilligen Verordnung enthalten. Der Erbe hat nichts mehr zu quittiren. [1])

Auch ältere Partikularrechte folgen derselben Ansicht.[2])

249. Die vermachte Schuldbefreiung kann auch auf einen Theil der Schuld beschränkt werden.[3]) Ob nun, wenn die Schuld geringer

---

[1]) Weiter wird daselbst ausgeführt, daß der Fall anders liege, wenn der Testator einen solchen Schulderlaß nicht mit Bestimmtheit erklärt, sondern dem Erben eine Leistung auferlegt habe, aus welcher ein Erlaß der Schuld (wenn gleich vermöge einer praesumtio juris) gefolgert werden solle, wie im Falle des § 427. Hier sei eine formelle Erklärung des Erben erforderlich.

[2]) So bestimmt das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 14 ausdrücklich: „Vermacht der Creditor dem Debitor die Schuld, so wird 1mo dieser letztere von der Zeit, da obverstandenermaßen Dies Legati cedirt, von aller weiteren Ansprache nach Proportion des Vermächtnisses sowohl für sich, als seine Erben befreyet —" wozu v. Kreittmayr bemerkt: „— Nach Röm. Recht wird Legatarius citra acceptilationem von der Schuld nicht ipso jure sondern nur ope exceptionis liberirt, welches aber heut zu Tag einerley ist. Einfolglich erlangt derselbe alsofort a tempore cessi legati die Befreyung von all weiterer Ansprach —." Auch das Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 7 verordnet § 2 „Durch dieses Legatum (Liberationis) wird nicht allein der Debitor von seiner Personal-Obligation, sondern auch von den debitis realibus — befreyet." §. 9. „Durch dergleichen Legatum wird der Debitor ipso jure liberiret —" womit aber freilich nicht stimmt, daß gleich hinterher gesagt wird: „— Daher der Legatarius actione ex testamento gegen die Erben agiren kan, daß sie ihm eine Quittung geben müssen —." Die letztere Vorschrift enthält auch das revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 1 a. E.: „— Wann auch einem die Schuld gar nachgelassen und remittiret wird, ist der Erb denselben Legatarium zu quitiren schuldig." Das Oesterr. bürg. G.-B. § 663 sowie das Sächs. § 2484 haben den gemeinrechtlichen Grundsatz beibehalten.

[3]) Ulp. l. 7 pr. D. h. t.: Non solum autem, quod debetur, remitti potest,

angegeben ist, als sie wirklich beträgt, eine falsa demonstratio anzunehmen, also gleichwohl die ganze Schuld für erlassen zu erachten sei, ist eine nach den obwaltenden Umständen zu entscheidende Thatfrage.[1]) Ist die Schuld zu hoch angegeben, so besteht das Legat nur in Betreff der wirklichen Schuld.[2]) Dem erstgedachten Falle ist aber nicht der Fall gleichzustellen: wenn bei einer alternativen Forderung der Gläubiger seinem Schuldner die Befreiung von der Leistung der einen Sache vermacht.[3]) Denn vermöge des Erlasses der einen der dem Schuldner alternativ obliegenden Leistungen gilt diese als empfangen, damit aber auch die ganze Obligation als getilgt, weil der Schuldner eben nur Eines zu leisten hatte.

250. Die Frage:

> ob ein Liberationsvermächtniß vorliegt, wenn der Erblasser in seiner letztwilligen Verordnung erklärt hat, daß er von seinem Schuldner in Betreff einer bestimmten Schuldpost vollständig befriedigt worden sei, gleichwohl aber feststeht, daß in der That der Schuldner weder durch Zahlung noch durch einen ihr gleichstehenden Rechtsakt seinen Gläubiger befriedigt hat,

ist n l. 1 und l. 4 C. de fals. caus. adj. (6, 44)[4]) nach Grundsätzen entschieden, die auch im Preuß. Rechte (§§ 113, 114 Tit. 16 Th. I) Geltung haben. Es soll danach, wenn nach Inhalt der Quittung die darin be-

---

verum etiam pars ejus, vel pars obligationis, nt est apud Julianum tractatnm libro XXXIII Dig.

[1]) Vergl. „Beiträge" a. a. O. S. 229.

[2]) Ulp. l. 7 § 2 h. t.: Sed si debitorem decem damuatus sit heres viginti liberare, idem Jnlianus scripsit libro XXXIII, nihilominus esse liberandnm decem; nam et si ei viginti accepto ferantur, in decem liberabitnr.

[3]) l. 7 § 1 h. t.

l. 1 C. cit. Verba testamenti, qnae inseruisti, aut solutam pecuniam debitam testatori declarant, ant volnntatem ejus liberare volentis debitorem manifeste ostendunt. Et ideo ant peti, quod solutum est, non potest, aut ex causa fideicommissi, nt debitor liberetur, agendum est, nisi liquido probari possit eum non liberari debitorem voluisse, sed errore lapsnm solntam sibi pecnniam existimasse.

l. 4 C. eod.: Si dotem (ut proponis) defnncta in matrimonio uxore tua, patri ejus reddidisti, vel etiam, ea non reddita, testamenti verbis (nt adseveras) mnnitns es, qnibus se recepisse dotem nniversam qnondam socer tnus significavit: ne hoc nomine conveniaris, sollicite agere nou debes, cnm aut soluta dote, nulla snpersit actio, aut non reddita, adversus petentem juxta defuncti voluntatem parata sit exceptio.

scheinigte Aufhebung der Verbindlichkeit nicht durch Zahlung erfolgt und das anderweit zwischen Gläubiger und Schuldner vorgefallene Geschäft nicht auszumitteln ist, dergleichen Quittung nach den Regeln von der Entsagung der Rechte beurtheilt werden.[1])

251. In Betreff der Wirkung des einem Geschäftsführer vermachten Rechnungserlasses, so wie des zu Gunsten eines Correalschuldners angeordneten Liberationsvermächtnisses ist auf die gedachte Abhandlung in den „Beiträgen" I. S. 231 f. 234 f. zu verweisen.

---

§ 426. «Doch ist dergleichen Erlaß auf Forderungen, die erst nach dem errichteten Legate entstanden sind, nicht zu ziehen, sobald nicht, daß auch dieses der Wille des Erblassers gewesen sei, klar erhellet.»[2])

§ 427. «Für einen Erlaß der Schuld ist es anzusehen, wenn der Testator verordnet hat, daß dem Schuldner seine Verschreibung oder sein Pfand zurückgegeben werden solle.»

252. Die auch dem römischen Recht entsprechende Auffassung der

---

[1]) Windscheid, die Lehre des röm. Rechts von der Voraussetz. (Düsseld. 1850) S. 142, 143: Jemand hat im Testamente erklärt, sein Schuldner sei ihm nichts mehr schuldig. Es ist unwahrscheinlich, daß er dem Schuldner im Testamente einen Beweis der geleisteten Zahlung habe geben wollen, also vorausgesetzt habe, die Zahlung sei geleistet; es ist viel wahrscheinlicher, daß er ihm durch jene Verfügung eine nicht getilgte Schuld habe erlassen wollen. Daher ist der Erbe, wenn die Schuld in der Thal nicht getilgt ist, zur Liberation verpflichtet. Vergl. auch den durch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 15. Juni 1863 entschiedenen Rechtsfall in Seuffert's Archiv XVI Nr. 275.

[2]) Dieser Satz gilt auch nach römischem Recht l. 28 § 1, 2 l. 31 § 5 D. h. t. So verordnet auch das Oesterr. bürg. G.-B. § 666: „Die Erlassung der Schuld ist nur von den gegenwärtigen, nicht auch von den erst nach dem errichteten Vermächtniß entstandenen Schulden zu verstehen —." In dem in Glaser's und Unger's Sammlung civilr. Entscheid. des obersten Gerichtshofes zu Wien III Nr. 1317 mitgetheilten Rechtsfalle ist jedoch in allen Instanzen angenommen worden, daß die Verordnung einer Erblasserin: „Alle sich vorfindenden Schuldforderungen erkläre ich für erloschen," mit Bestimmtheit darauf hindeute, daß sie ihre sämmtlichen bei ihrem Tode vorhandenen Schuldforderungen, ohne Rücksicht, ob sie vor oder nach der Testamentserrichtung entstanden seien, für erlassen erachtet wissen wollte.

vom Testator angeordneten Rückgabe des Schuldscheines als eines Schulderlasses [1]) ist eine consequente Anwendung des im § 98 Tit. 16 aufgestellten Grundsatzes.[2]) Dagegen steht die an die verordnete Rückgabe des Pfandes geknüpfte gleiche Wirkung nicht im Einklange mit dem im § 70 Tit. 20 ausgesprochenen Principe:

„Aus der Aufgebung des Pfandrechts folgt noch keine Entsagung des Anspruches, für welchen ersteres bestellt worden." [3])

War das Pfand von einem Dritten bestellt worden, oder bei der Anordnung des Legats bereits in dritte Hand gelangt, so wird man auch nach unserem Rechte die vom Testator dem Erben auferlegte Rückgabe des Pfandes an den Eigenthümer als bloße Befreiung der Sache von der Pfandschuld anzusehen haben, da damit nur eine den Vortheil des Pfandeigenthümers bezweckende Anordnung getroffen ist.

---

[1]) Ulp. l. 3 § 1 D. h. t.: Sed et si chirographum quis decedens debitori suo dederit, exceptionem ei competere puto, quasi pro fideicommisso hujusmodi datione valitura.

[2]) „Erhellet, daß der Gläubiger selbst dem Schuldner das Instrument zurückgegeben habe, so wird, daß die Schuld getilgt sei, so lange vermuthet, als nicht eine andere Ursache der geschehenen Rückgabe ausgemittelt werden kann."

So bezeichnet auch das Baier. L.-R. Th. III Kap. 7 § 14 als stillschweigendes Legatum Liberationis die „Vermachung des Schuldscheines oder Handels-Buches, worin die Schuld eingetragen ist." Hierher gehört auch, daß das Oesterr. bürg. G.-B. § 677, zu dem Vermächtnisse eines Behältnisses mit allen darin befindlichen Sachen auch die vom Legatar dem Erblasser ausgestellten Schuldscheine rechnet. Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2484.

[3]) Folgerichtiger erscheint daher l. 1 § 1 D. h. t.: Julianus scripsit, si res pignori data legetur debitori a creditore, valere legatum habereque eum actionem, ut pignus recipiat, priusquam pecuniam solvat: sic autem loquitur Julianus, quasi debitum non debeat lucrari: sed si alia testantis voluntas fuit, et ad hoc pervenietur exemplo luitionis. Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IX tit IV nr. 4. Geiger und Glück merkwürdige Rechtsfälle B. I S. 27, 28. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 14. „— Ein anderes ist 7mo, wenn ihm (dem Debitor) nur das Pfand vermacht ist, denn dadurch wird nur die Sicherheit, nicht aber die Schuld selbst nachgelassen —." Das Oesterr. bürg. G.-B. entscheidet die Frage nicht, ob das Vermächtniß der Pfand-Rückgabe einen Erlaß der Schuld enthalte, indem es im § 666 nur bestimmt: „— Wird durch ein Vermächtniß das Pfandrecht, oder die Bürgschaft erlassen, so folgt daraus nicht, daß auch die Schuld erlassen worden sei —" ein Satz, der unbedenklich auch nach Preuß. Rechte anzunehmen ist.

§ 429. «Findet sich bei dem Ableben des Testators, daß der Legatarius demselben nichts schuldig sei, so ist das Vermächtniß ohne Wirkung.»

253. Diese mit dem römischen Recht übereinstimmende Vorschrift,[1]) bei der es gleichgültig ist, ob die Schuldsumme im Testamente ausgedrückt ist, oder nicht, findet, ungeachtet der Bestimmung der §§ 374, 375 d. T., auch dann Anwendung, wenn sich ergibt, daß die vom Testator als ihm gebührend bezeichnete Schuldsumme dem Erben zukommt.[2])

254. Wenn der Schuldner, welchem die Schuld im Testamente des Gläubigers erlassen war, noch bei Lebzeiten des Testators Zahlung geleistet hat, so fragt es sich:

> ob er befugt sei, das Gezahlte von dem Erben zurückzufordern.

Hierüber spricht sich die angeführte Abhandlung in den „Beiträgen" S. 240 f. dahin aus:

> Hat der Testator selbst die Schuld eingezogen, so liegt schon hierin eine auf die Aufhebung des Vermächtnisses (ademtio legati) gerichtete Handlung des Erblassers, welche vermöge der darin kundgegebenen Willensänderung schon an sich geeignet ist, der früheren

---

[1]) l. 13, l. 21 pr., l. 25 D. h. t. cf. Ludw. Arndts, Diss. inaug. ad Leg. 25 D. de lib. legat, Berolin. 1825. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 14: „— 8vo Supponirt man allezeit, daß eine Schuld oder Forderung wirklich vorhanden gewesen, sonst ist das Legat ungültig." Sächs. bürg. G.-B. § 2484: „Vermacht der Erblasser den Vermächtnißnehmer, was dieser ihm oder dem Beschwerten schuldet, so gilt das Vermächtniß blos, soweit die Schuld besteht, selbst wenn ein Betrag ausgedrückt ist."

[2]) In den angeführten „Beiträgen" S. 240 wird hierüber gesagt: Der vorausgesetzte Fall ist mit dem im § 375 vorgesehenen durchaus nicht gleichartig. Die gedachte Vorschrift setzt eine individuell bestimmte Sache voraus, welche der Testator dem Legatar zugewendet wissen will. Er ist nur über das Eigenthumsrecht an dieser Sache im Irrthume, indem er sie für eine ihm selbst gehörige hält. Aber dieser Irrthum soll dem Vermächtnisse keinen Eintrag thun, weil die Sache sich im Eigenthume Desjenigen befindet, welchen er zum Hingeben (dare) derselben verpflichten wollte. — Ganz anders liegt hier der Fall. Die vom Erblasser vorausgesetzte Schuldforderung, die immer nur zwischen bestimmten Personen denkbar ist, und nur in dieser Verbindung ein individuelles Dasein hat, besteht ganz und gar nicht. Es fehlt daher dem Vermächtnisse an seinem Gegenstande, da die Schuldforderung des Erben einen ganz anderen Gegenstand darstellt.

Willensordnung jeden rechtlichen Bestand, welchen sie nur in der Fortdauer dieses Willens bis zum letzten Lebensmomente des Testators finden kann, zu entziehen.[1])

Aber auch wenn die Zahlung ohne Wissen des Testators erfolgt sein sollte, würde jene Frage zu verneinen sein. Es folgt dies schon aus der Natur des Liberationsvermächtnisses, da dasselbe den Erben zu nichts weiter verpflichtet, als die betreffende Schuld als getilgt anzusehen, mithin es dem Legate an jedem Gegenstande gebricht, wenn diese Tilgung bereits bei Lebzeiten des Erblassers, es sei mit oder ohne dessen Wissen, eingetreten ist.[2])

Hat der Schuldner bei Lebzeiten des Testators die Schuld bezahlt, Letzterer aber das empfangene Geld bis an seinen Tod besonders aufbewahrt, so kann die Frage entstehen:

> ob das Geld, gleichwie der § 412 d. T. es für den Fall des Legates einer Schuldforderung bestimmt, auch hier dem Legatar, wofern nicht eine andere Absicht des Testators dabei klar erhellt, gebührt.

Man muß dies verneinen. Die Natur des Falles läßt eine solche Analogie nicht zu.

Bei dem Vermächtnisse einer auf eine bestimmte Geldsumme gerichteten Forderung ist der Gegenstand derselben, das eingezogene Geld, so lange es vom Testator besonders verwahrt wird, noch wirklich vorhanden. Es liegt daher nichts näher, als die Annahme, daß der Erblasser durch diese besondere Verwahrung seinen Willen zu erkennen gegeben habe, jenen Gegenstand dem Legatar zu erhalten, also das legatum nominis als legatum pecuniae fortbestehen zu lassen.

Bei der liberatio legata kann jedoch nach Einziehung der Schuld von einem Fortbestande dessen, was der Erblasser dem Legatar zugewendet wissen wollte, gar nicht die Rede sein. Die Absicht des Testators ging hier nicht dahin, eine von einem Dritten zu zahlende Geldsumme in das Eigenthum des Legatars zu bringen, sondern dem Letzteren eine von ihm selbst dem Testator zu leistende Zahlung zu erlassen. Hat nun gleichwohl der Testator späterhin die Schuldsumme vom Legatar in Empfang genommen, so hat er eben dadurch

---

[1]) Ulp. l. 7 § 4 D. h. t.: Liberatio autem debitori legata ita demum effectum habet, si non fuerit exactum id a debitore, dum vivat testator; ceterum si exactum est, evanescit legatum. Terentius Clem. l. 21 pr. eod.: Si id, quod mihi deberes, vel tibi vel alii legavero, idque mihi solveris, vel qualibet alia ratione liberatus a me fueris, extinguitur legatum. Baier. Landr. Th. III Kap. 7 § 14: „— Wenn der Vermächter die Schuldforderung in der Lebenszeit noch einbringt, so wird das Legat pro adempto geachtet."

[2]) Eine entgegengesetzte Entscheidung des Tribunals zu Wismar vom Oktober 1671 theilt mit Engelbrecht, Observ. select. for. nr. 123.

dem Vermächtnisse alle Wirksamkeit entzogen, durch die bloße Aufbewahrung des Geldes aber kein neues Vermächtniß geschaffen, da es hierzu einer besonderen Willenserklärung bedurfte.

Eine andere Frage ist:

ob das Liberationslegat auch schon dadurch für entzogen zu achten ist, daß der Testator den Schuldner auf Zahlung seiner Schuld belangt.

In der gedachten Abhandlung S. 241 f. wird diese Frage verneint. Mit Recht aber erklärt sich Unger § 72 Note 6 für die Ansicht, daß in der Eintreibung der Forderung von Seiten des Erblassers, dafern er davon nicht wieder abgestanden ist, ein stillschweigender Widerruf des legatum liberationis liege.[1])

---

m. Vermächtniß einer Passivschuld des Erblassers.[2])

§ 430. «Vermacht der Erblasser seinem Gläubiger das, was dieser von ihm zu fordern hatte, so ist dergleichen Verordnung, als ein Anerkenntniß der Schuld anzusehen.»

§ 431. «Doch muß, wenn ein solches Vermächtniß von Wirkung sein soll, die anerkannte Schuld durch Angebung der Summe, oder Bezeichnung des über die Schuld sprechenden Instruments, gehörig bestimmt sein.»

255. Jedes Vermächtniß setzt zu seinem Begriffe eine Freigebigkeit voraus, die sich in der Zuwendung eines Vermögensvortheils

---

[1]) „Man darf wohl fragen — bemerkt Unger — ob es einen grelleren Widerspruch gebe, als den Willen, dem Schuldner die Schuld zu erlassen, und den Willen, daß der Schuldner die Schuld bezahle? Läßt sich denn vernünftigerweise annehmen, daß, wenn der Testator während des Prozesses über die Bezahlung der vermachten Schuld stirbt, nunmehr sein Erbe, statt den Prozeß fortsetzen zu dürfen, den Schuldner liberiren müsse? Und wie dann, wenn gar schon das condemnatorische Urtheil ergangen wäre?" Auch Siebenhaar bemerkt in seinem Comment. zum Sächs. bürg. G.-B. § 2484: Wenn der Erblasser wider den Schuldner auf Bezahlung der Schuld geklagt hätte, so würde darin, im Zweifel, ein Widerruf des Vermächtnisses des Erlasses der Schuld liegen.

[2]) Vergl. die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" I S. 243 f.

äußert.[1]) Diesem Begriffe widerstreitet es, wenn in einer letztwilligen Verfügung Jemandem nur das zugewiesen wird, was er vom Testator zu fordern hatte (debitum legatum), ohne daß irgend ein Vortheil, es sei in Ansehung des Gegenstandes, oder der Wirksamkeit des Forderungsrechts, oder der Nebenbestimmungen desselben, für ihn damit verknüpft ist.[2])

Das Allgemeine Landrecht will jedoch ein solches Vermächtniß unter allen Umständen als eine Anerkennung der Schuld aufrecht erhalten wissen. — Hierdurch wird einer solchen letztwilligen Verfügung der eigentliche Charakter eines Vermächtnisses — der Zuwendung eines Vermögensvortheils auf Kosten der Erbschaft — entzogen. Sie gilt nur als die Beurkundung einer schon bestehenden Schuld, also einer solchen, welche nicht erst durch das Testament selbst als eine dem Erben auferlegte Last (delibatio hereditatis) geschaffen, sondern von dem Erblasser als eine ihm selbst obliegende und aus diesem Grunde auch von dem Erben zu respectirende Schuld bezeichnet worden ist.

Durch diese Auffassung ist die rechtliche Wirkung der letztwilligen Anordnung vollkommen gesichert, ohne daß es in dieser Beziehung noch irgend darauf ankommt: ob und in wie fern dem Legatar ein wirklicher Vortheil, der sich als der eigentliche Gegenstand des Legates — der gegen ihn ausgeübten Liberalität — betrachten ließe, daraus erwächst. — Das Vermächtniß hat jedenfalls für ihn den Werth eines Anerkenntnisses, das ihn schon von selbst in die Reihe der Erbschaftsgläubiger stellt, ohne daß er nöthig hat, sich als einen solchen auszuweisen.

Es kann sich dabei nur fragen:

> wie ein solches Anerkenntniß beschaffen sein müsse, um die bezeichnete Wirkung zu haben.

Der § 431 gibt hierauf Antwort. — Wenn nun der Testator in seinem Testamente anerkennt, einem Dritten eine gewisse Summe schuldig zu sein, ohne ihm dieselbe direct oder indirect zu vermachen, kann alsdann der Dritte schon auf Grund jenes Anerkenntnisses die Summe fordern, wenn er auch einen sonstigen Verpflichtungsgrund nicht erweislich zu machen vermag?

---

[1]) § 1 J. de leg. (2, 20), l. 116 pr. D. de leg. 1, l. 36 D. de leg. 2, § 6 d. T.
[2]) § 14 J. de leg. (2, 20), l. 29 D. de leg. 1, l. 11, l. 25 D. de lib. leg. (34, 3).

Man könnte geneigt sein, diese Frage, bei deren Beantwortung es allerdings auf die besonderen Umstände des Falles ankommen wird, unter Berufung auf den Wortlaut des § 430, zu verneinen, weil zwar das Vermächtniß einer Schuldsumme als eine Anerkennung der Schuld, nicht aber umgekehrt das Schuldbekenntniß schon an sich als ein Vermächtniß zu betrachten sei.

Allein richtiger ist es wohl, wenn Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Cassel 1855, S. 202, 203 bemerkt:

> „Ich kann eine jede Berechtigung als angeblich schon bestehende zum Gegenstande eines Legats machen. Da aber für die Anordnung eines Legats innerhalb der in gehöriger Form errichteten letztwilligen Verfügung eine jede Art des Willensausdruckes genügt, so brauche ich nicht, um ein Legat der gedachten Art zu begründen, ausdrücklich zu sagen, es solle auf Grund dieses oder jenes von mir anerkannten Rechts das Eine oder das Andere geschehen. Vielmehr genügt es, wenn ich in meiner letztwilligen Verfügung nur das fragliche Recht selbst anerkenne, vorausgesetzt, daß die Art und Weise dieser Anerkennung die Absicht verräth, daß mein Erbe das bezeichnete Recht respectiren soll, m. a. W. die Anerkennung muß dispositiv, nicht bloß enunciativ sein. Ja, es wird statt einer Anerkennung des Rechtes selbst schon die Anerkennung derjenigen Thatsache hinreichen, welche das fragliche Recht als unzweifelhafte Folgerung ergibt. Daß dies schon die römische Auffassung war, zeigen l. 1 C. de falsa caus. adj. (6, 44) und l. 4 C. eod."

Ein ganz anderer Fall ist es, wenn der Erblasser in seinem Testamente bemerkt, er sei einer benannten Person eine bestimmte Summe schuldig geworden, ausdrücklich aber hinzufügt: daß diese Schuld bereits getilgt worden. Hier kann so wenig von einem Vermächtnisse, als von einem den Erben verpflichtenden Schuldbekenntnisse die Rede sein. Der Erblasser hat gerade umgekehrt seinen Willen kund gegeben, daß an die gedachte Person aus seinem Nachlasse nichts gezahlt werden soll, weil er ihr nichts schuldig sei. Ein debitum legatum liegt daher gar nicht vor. Eben deshalb kann aber auch das Testament eine Beweisurkunde über eine gegen den Erblasser bestehende Schuldforderung nicht abgeben.[1])

256. Wenn bei dem debitum legatum die Schuldsumme geringer angegeben ist, als sie wirklich beträgt, so bleibt, wenn auch der Gläu-

---

[1]) Vergl. das Erk. des Ober-Trib. vom 27. Septbr. 1839 im Schles. Archiv B. 4 S. 360 f.

biger das Legat ohne Vorbehalt angenommen hat, der Ueberrest der Schuld bestehen.[1])

Unser Landrecht bietet hier eine nahe liegende Analogie. Der einem Notherben gebührende Pflichttheil hat die Natur eines wahren debitum — einer Erbschaftsschuld. Jede in der letztwilligen Verfügung einem Notherben gemachte Zuwendung läßt sich daher als debitum legatum bezeichnen. Es verordnet nun das A. L. R. Th. II Tit. 2:

§ 396. „Alles, was einem Kinde auf den Sterbefall, es sei unter welchem Namen es wolle, von den Aeltern zugewandt wird, ist auf den Pflichttheil anzurechnen."

§ 438. „Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat: so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten."

§ 439. „Die bloße Annahme eines im Testamente ausgesetzten Vermächtnisses ist für ein solches Anerkenntniß noch nicht zu achten."

Die letztere Vorschrift, in Verbindung mit § 396, beruht gerade darauf, daß die Annahme eines Theiles der portio debita keinen Verzicht in Betreff des Ueberrestes in sich schließt.

---

§ 432. «Ist eine Summe bestimmt, so muß dieselbe dem Legatario bezahlt werden, wenn auch sonst kein Rechtsgrund, aus welchem sie der Erblasser schuldig geworden, ausgemittelt werden könnte.» [2])

257. Aus diesem Rechtssatze folgt, daß ein Erbschaftsgläubiger,

---

[1]) Vergl. Scaevola l. 28 § 10 und 12 D. de liber. leg. (34, 3): Eum, qui tutelam ipsius administraverat, et fratrem suum et alios quosdam scripsit heredes, et tutori legavit, quae impenderat in se et fratrem ipsius, decem. Quaesitum est — — — § 12 — — si tutor amplecteretur fideicommissum ita, ut in quibusdam stari vellet verbis testamenti, in quibusdam autem recedat, quod minorem quantitatem sumtuum dicat fideicommisso contineri, quam ipse erogaverat, an audiri deberet. Respondit, non impediri eum scriptura testamenti, quo minus omne, quod sibi deberi probasset, petere posset.

eine Entscheidung, die freilich anzudeuten scheint, daß der Vormund sogleich bei der Annahme des Fideicommisses seine Mehrforderung geltend machte, gleichwohl aber diesen Umstand nicht als den eigentlichen Entscheidungsgrund hervorhebt.

[2]) Paul. l. 25 i. f. D. de lib. leg. (34, 3): — Quodsi centum aureos, quos se debere dixit, legavit, si quidem debet, inutile est legatum; quodsi non fuit debitor, placuit utile esse legatum, certa enim numorum quantitas

welcher mit der von ihm als solchen gegen die Erben angestellten Klage wegen Mangels eines gehörigen Beweises abgewiesen wird, auf Grund des von ihm später in Erfahrung gebrachten Schuldvermächtnisses des Erblassers von Neuem klagen kann, ohne den Einwand der rechtskräftig entschiedenen Sache fürchten zu müssen.[1])

258. Die Frage:

ob der § 432 auch auf den Fall Anwendung findet, wenn feststeht, daß die vermachte Schuld aus einem verbotenen Vertrage entsprungen ist,

---

similis est Sticho legato cum demonstratione falsa; idque et Divus Pius rescripsit, certa pecunia dotis acceptae nomine legata. Ulp. l. 75 § 1 D. de leg. 1: — si decem, quae Titio debeo, legavero: nec quicquam Titio debeo: falsa demonstratio non perimit legatum, ut in legato dotis Julianus respondit. l. 2 C. de fals. caus. adj. (6, 44): Etiamsi veritas debiti non subest, falsa tamen demonstratio non perimit legatum: et ex testamento ejus quoque nomine competit actio. Carpzov, Jurispr. for. P III const. 9 def. 22. Windscheid, die Lehre von der Voraussetz. S. 133: „Hat der Testator Etwas legirt, was er dem Vermächtnißnehmer verschulde, so ist nicht anzunehmen, daß er diese Verschuldung zu einer Voraussetzung seiner Verfügung habe machen wollen. Denn wenn er ihm nur ein Verschuldetes hätte legiren wollen, warum hat er ihm denn überhaupt legirt, was ihm ohnehin schon gesichert war? Daher ist umgekehrt anzunehmen, daß er ihm auch unabhängig von seinem Forderungsrechte Etwas habe zuwenden wollen. Sächs. bürg. G.-B. § 2485. „Hat der Erblasser Etwas mit der Bemerkung, daß er es dem Bedachten schuldig sei, vermacht, so gilt das Vermächtniß, dafern der Betrag der Schuld mit Bestimmtheit angegeben ist, selbst wenn eine Schuld nicht vorhanden ist; es bedarf auch solchen Falles keines Beweises der Schuld."

Auf dem Grundsatze des § 432 beruht auch die Bestimmung des § 236 Tit. 14 Th. I A. L. R.: „Hat aber die Erblasserin (bei unterbliebener Verwarnung über die rechtlichen Folgen der übernommenen Bürgschaft) in einer rechtsgültigen letztwilligen Verordnung die Bezahlung der verbürgten Schuld dem Erben oder einem Legatario aufgetragen, so gilt dergleichen Erklärung als ein Vermächtniß." Vergl. Joh. a Sande, Decis. Frisic. Lib. III tit. XI def. 7: Mulier, quae in privato instrumento absque jurata renuntiatione pro genero et filio fidejusserat, in testamento heredibus mandabat, ut fidem suam liberarent, ac creditori ex bonis suis solverent. Hos heredes se beneficio SCti tueri non posse, sed voluntati defuncti obsequi teneri Curiae placuit (27. Octob. 1636). Heredes enim onerantur invidiâ et conscientiâ, qui spernunt voluntatem testatricis.

[1]) Vergl. über diesen Fall die angeführte Abhandlung in den „Beiträgen" S. 251 f., woselbst auch der Fall besprochen ist, wie das Schuldvermächtniß zu behandeln, wenn der Nachlaß überschwert ist.

muß gegen die Ansicht Bornemann's[1]) mit den Gesetz-Revisoren[2]) bejaht werden.

Die oben angeführte Abhandlung S. 253 f. sagt hierüber:

> Bei der ganz allgemeinen Fassung des § 432 ist nicht abzusehen, wie man es gerechtfertigt finden kann, den Fall, wenn gar keine causa debendi vorliegt, von dem Falle, wenn eine nichtige causa debendi vorhanden, zu sondern, und den § 432 auf den ersteren zu beschränken. Sind denn beide Fälle irgend wie von einander verschieden? Faßt nicht vielmehr der eine schon ganz von selbst den andern in sich? Eine nichtige causa debendi ist eben gar keine causa debendi, sie ist „kein Rechtsgrund, aus welchem der Erblasser die bestimmte Summe schuldig geworden." Der unter Angabe einer nichtigen causa debendi vom Erblasser als Gläubiger anerkannte Legatar kann daher unmöglich schlechter gestellt sein, als derjenige, der gar keine causa debendi, nicht einmal eine vermeintliche, für sich hat. Wollte man wirklich zwischen Beiden einen Unterschied machen, so könnte dies wohl nur zum Vortheil des Ersteren geschehen. Dieser hat doch wenigstens einen Scheingrund, Letzterer aber gar nichts für sich geltend zu machen. Man muß hier aber überhaupt von jedem Unterschiede absehen. Beide Fälle fallen nothwendig zusammen. Sie haben das hier allein in Betracht kommende Moment gemeinsam:
>
> „daß kein Rechtsgrund vorhanden ist, aus welchem der Erblasser die vermachte Summe schuldig geworden."
>
> Dies hat aber nicht etwa die rechtliche Folge, daß nunmehr die letztwillige Verordnung selbst als gegenstandslos wegfällt, sie wird vielmehr nur ihrer äußeren, an sich unwesentlichen Form entkleidet, und erscheint nun in ihrer wahren Gestalt als eine auf reiner Liberalität des Erblassers beruhende Zuwendung — als ein wirkliches Vermächtniß.[3])

---

[1]) System. Darst. des Preuß. Civilr. VI S. 94. Koch, Kom. zu § 432 d. T. schließt sich dieser Ansicht an.

[2]) Pensum XVI S. 176. Dieselben tragen jedoch der entgegengesetzten Meinung insofern Rechnung, als sie de lege ferenda in einem solchen Falle eine Ausnahme von der Vorschrift des § 432 gemacht wissen wollen.

[3]) Am Schlusse wird zur Beseitigung des Einwandes, daß in dem Falle, wenn der Testator die Berichtigung einer gegen ein Verbotsgesetz verstoßenden Forderung dem Erben auferlegt, er selbst mit dem Gesetze in Widerspruch trete und daher seiner Verfügung keine rechtliche Wirksamkeit zuzugestehen sei, auf die in den „Beiträgen" I S. 144, 145 enthaltenen Bemerkungen hingewiesen.

Die hier vertheidigte Ansicht findet auch in dem Sächsischen bürg. G.-B. insofern eine Stütze, als dasselbe im § 2486 ausdrücklich bestimmt, daß bei einem Schuldvermächtnisse „alle Einreden wegfallen, welche sich auf die Entstehung der Schuld beziehen."

259. Eine andere Frage ist:

ob das Schuldvermächtniß auch dann gültig sei, wenn der Testator in der irrigen Meinung gestanden, die vermachte Summe wirklich zu verschulden.

Hierüber bemerkt Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, S. 202:

> Auch das Legat hat eine abstrakte, von seiner causa unabhängige Natur, und demzufolge ist das legatum debiti der stipulatio debiti sehr ähnlich, indem beide einen zweiten selbstständigen Verpflichtungsgrund abgeben, der nur durch Nachweisung des Irrthums anzufechten steht. Freilich kommt für diese Anfechtung letztwilliger Verfügungen die Frage nach der Entschuldbarkeit des Irrthums nicht in Betracht. Diese weniger strenge Behandlung hat ihren natürlichen Grund darin, daß die durch die freiwillige testamentarische Bestimmung gewonnenen Rechte weit minder eines strengen Schutzes würdig erscheinen, als die vertragsweise unter Lebenden erworbenen (vergl. Savigny III S. 378 f.). Es wird die Nachweisung genügen, daß die Schuld nicht bestehe, der Testator aber sie irrig für bestehend gehalten habe, um anzunehmen, daß nur hierdurch der Testator zu dem Legat bestimmt sei, womit die exceptio doli wider den Anspruch begründet ist.
>
> Vergl. Papin. l. 72 § 6 D. de condit. et dem. (35, 1): Falsam causam legato non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret. Sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur alias legaturus non fuisse.[1])

---

[1]) Ein Zweifel über die Anwendbarkeit des § 432 kann, wie in den angeführten „Beiträgen" S. 255 f. erörtert ist, auch in folgenden Fällen entstehen:

1. Ein Erblasser hat in seinem Testamente bestimmt:

„Dem A. und B. vermache ich die 100 Thlr., die ich ihnen zusammen schuldig bin."

Es findet sich nun, daß A. von dem Testator jene ganze Summe, B. aber gar nichts zu fordern hatte.

Vorausgesetzt, daß der Testator sich nicht in einem solchen Irrthume befand, der nach dem eben erwähnten § 150 Tit. 4 seine Willenserklärung in Ansehung des B. entkräftet, hat sowohl A. als B. aus dem Testamente 50 Thlr. zu fordern. Die übrigen 50 Thlr. kann A. nur auf Grund des zwischen ihm und dem Erblasser bestehenden Schuldverhältnisses in Anspruch nehmen.

2. Ein Testator erklärt in seiner letztwilligen Verordnung, daß ein in seinem Besitze befindlicher (genau bezeichneter) Staatsschuldschein nicht ihm, sondern dem X. gehöre, und daher diesem von dem Erben zurückgegeben werden solle.

Ist der Erbe zu dieser Herausgabe verpflichtet, auch wenn er nachweist,

§ 433. «Kann aber erwiesen werden, daß der Erblasser dieselbe Schuld, die er seinem Gläubiger vermacht hat, nach errichtetem Legate bezahlt habe, so hat das Vermächtniß weiter keine Wirkung.» [1])

260. In einem Erkenntnisse unseres Ober-Tribunals vom 6. März

---

daß der gedachte Staatsschuldschein alleiniges Eigenthum des Erblassers gewesen ist?

Ja, sofern der Erbe nicht die Voraussetzung des § 150 a. a. O. darzuthun vermag.

Vergl. Scaevola l. 18 pr. D. de auro argento (34, 2): Qui uxori suae legaverat bonorum suorum decimam, et mancipia et species argenti, quas expresserat, eidem annuos et vestem reddi, ab heredibus petiit, quasi propria uxoris fuissent; quaesitum est, si uxoris non fuerint, an praestari ex causa legati deberent. Respondit, legandi animo dedisse ea videri, nisi contrarium ab herede approbetur.

3. Ein Erblasser hat auf seinem Sterbebett seinem Freunde A. ohne irgend eine Erklärung einen eigenhändig geschriebenen, auch unter Beifügung des Jahres und Tages unterschriebenen Schuldschein folgenden Inhalts übergeben:

„Ich bekenne hiermit, dem A. 500 Thlr. als ein von ihm empfangenes Darlehn schuldig zu sein, und verspreche, ihm diese Summe bei Vorzeigung dieses Schuldscheines sofort zurückzuzahlen."

Nach dem Tode des Testators nimmt A. den Erben desselben auf Zahlung von 500 Thlr. in Anspruch. Er gibt dabei zwar zu, dem Erblasser niemals ein Darlehn gegeben zu haben, will jedoch den Schuldschein als ein den Formvorschriften der §§ 161, 162 d. T. entsprechendes, den Erben noch § 432 ohne Rücksicht auf das wirkliche Bestehen einer Forderung verbindendes Schuldvermächtniß betrachtet wissen.

Würde ein solcher Anspruch durchzuführen sein?

Man muß dies verneinen. Es fehlt hier die wesentlichste Voraussetzung des § 432 a. a. O. — ein Schuldvermächtniß d. h. eine letztwillige Erklärung, welche dem Erben die Auflage macht, eine bestimmte, vom Erblasser als Schuld anerkannte Summe einer gewissen Person zu zahlen. — Mag immerhin hier der Erblasser beabsichtigt haben, durch die Ausstellung des dem A. eingehändigten Schuldscheines eine solche Anordnung zu treffen, so hat er sich doch in dem Mittel, dieser Absicht ihren Ausdruck zu geben, völlig vergriffen, indem er eine, bei der feststehenden Unrichtigkeit des Schuldbekenntnisses, rechtlich gar nichts bedeutende Erklärung unter Lebenden abgegeben hat. Seine dem A. wohlwollende Absicht ist daher gar nicht zur Ausführung gekommen.

[1]) Ulp. l. 1 § 5 D. de dot. prael. (33, 4): Adeo autem dotis actionem continet dotis relegatio, ut, si vivus eam uxori, scilicet quibus licet casibus, solverit, cesset legatum.

1855 (in Sachen der Eheleute Schmidt wider die Cramer'sche Nachlaßmasse) wird bemerkt:

> Das Gesetz (der § 433 a. a. O.), welches argumento a contrario andeutet, daß eine Zahlung vor dem Legate nicht schadet, muß die Zahlung nach dem Legate als eine stillschweigende Zurücknahme desselben angesehen haben. Mit Unrecht hält jedoch der Appellationsrichter den Nachweis, daß die Schuld getilgt worden, überhaupt für genügend. Das Gesetz bedient sich ausdrücklich des Ausdruckes bezahlt, bezeichnet also die Erfüllung durch Geld oder geldgleiche Papiere, und dies ist hier, wo es darauf ankommt, aus einer Handlung des Erblassers die Zurücknahme des auch ohne Existenz einer Schuld gültigen Legats herzuleiten, keineswegs gleichgültig. Die bestimmte Summe soll dem Legatar nicht bezahlt werden, weil sie ihm schon bei Lebzeiten des Erblassers bezahlt ist. Nicht unbedenklich wäre es schon, der Zahlung hier eine eigentliche datio in solutum, die aber auch eine ausdrückliche Annahme des Gläubigers voraussetzt, gleichzustellen. Offenbar unzulässig würde dagegen nach den Worten und dem Geiste des Gesetzes z. B. die Gleichstellung der Kompensation sein, obwohl auch diese ein modus solvendi obligationem ist. — — — —

In den angeführten „Beiträgen“ (S. 257 f.) wird die Richtigkeit dieser Ansicht in Zweifel gestellt und ausgeführt:

> Der Rechtsgrund des § 433 liege einfach in dem im § 323 ausgesprochenen Grundsatze: „Hat der Erblasser die vermachte Sache dem Legatario schon selbst übergeben, so hat Letzterer deshalb an den Nachlaß weiter keinen Anspruch —.“ Wenigstens könne die Anwendung dieser allgemeinen Bestimmung auf das Schuldvermächtniß in dem Falle keinem Bedenken unterliegen, wenn der Erblasser eine bestimmte, wirklich bestehende Schuld seinem Gläubiger vermacht habe. Es liegt dann — so wird weiter bemerkt — ein Gegenstand vor, der seiner individuellen Bestimmtheit nach gleichsam die Natur einer körperlichen Sache, einer Spezies, an sich trägt. Hat nun der Erblasser bereits bei Lebzeiten diesen Gegenstand dem Legatar zu Theil werden lassen, so hat Letzterer aus dem Nachlasse nichts weiter zu fordern, aber nicht, weil der Erblasser in Folge einer Sinnesänderung ihm das Zugedachte entzogen, sondern vielmehr, weil der Erblasser selbst das betreffende Vermögensstück ihm gewährt hat, dadurch aber das Vermächtniß gegenstandlos geworden ist.
>
> Ist diese Auffassung richtig, so verliert der im § 433 gewählte Ausdruck „bezahlt“ das in dem Erkenntnisse des Ober-Tribunals ihm beigelegte entscheidende Gewicht. Es ist alsdann jede von dem Erblasser selbst bewirkte Tilgung der Obligation, welche den Gläubiger zufriedenstellt, der eigentlichen „Zahlung“ gleich zu achten, insbesondere auch weder die Angabe an Zahlungsstatt, noch auch die Kompensation als ausgeschlossen anzusehen.

§ 434. «Uebrigens wird durch ein solches Vermächtniß (§ 430) eine bedingte Schuld in eine unbedingte verwandelt.»

§ 435. «Auch erlangt der Gläubiger durch ein solches Vermächtniß die den Legatarien § 290 beigelegten Rechte.»

§ 436. «Dagegen wird durch das Vermächtniß einer Schuld der Termin, wann sie zahlbar ist, zum Nachtheil des Erben nicht geändert.»

261. Die erstere Vorschrift stimmt mit dem römischen Recht überein, die letztere weicht davon ab.[1])

Diese dem gemeinen Recht widerstreitende verschiedene Behandlung der bedingten und der betagten Schuld[2]) scheint darauf zu beruhen, daß das Landrecht das Schuldvermächtniß als Anerkennung der angegebenen Schuld als einer wirklich bestehenden ansieht, dieses Anerkenntniß aber nicht über seinen ausdrücklichen Inhalt hinaus ausgedehnt

---

[1]) § 14 J. de leg. (2, 20): Quodsi in diem vel sub conditione debitum ei pure legaverit, utile est legatum propter repraesentationem... Julian. l. 13 D. de lib. leg. (34, 3): — At si idem debitor creditori legaverit, intelligendum erit, exceptionem eum remitti creditori voluisse. Ulp. l. 14 eod.: Idem est, et si in diem debitor fuit, vel sub conditione.

Paul. l. 82 pr. D. de leg. 2: Debitor decem legavit creditori, quae ei post annum sub pignore debebat; non, ut quidam putant, medii temporis tantum commodum ex testamento debetur, sed tota decem peti possunt...

In beiden Beziehungen folgen dem röm. Recht das Oesterr. bürg. G.-B. § 665. „Das Vermächtniß der Schuld, die der Erblasser dem Legatar zu entrichten hat, hat die Wirkung, daß der Erbe — die Schuld, ohne Rücksicht auf die in der Schuldverschreibung enthaltenen Bedingungen oder Fristen, längstens in der zur Abführung der übrigen Legate bestimmten Zeitfrist berichtigen muß..." so wie das Sächsische § 2486. „Das Vermächtniß dessen, was der Erblasser dem Vermächtnißnehmer schuldig ist, verpflichtet den Beschwerten zu Bezahlung der Schuld und es fallen alle Zeitbestimmungen und Bedingungen derselben — weg."

Vergl. auch das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 27. März 1857 in Glaser's und Unger's Samml. I Nr. 369.

[2]) Der gedruckte Entwurf Th. II Tit. 9 § 269 enthielt die Bestimmung:

daß der Erbe die Schuld gleich nach Ablauf der Deliberationsfrist entrichten müsse, wenngleich der Erblasser solche erst nach einem gewissen Zeitverlauf hätte zu zahlen brauchen.

Bei der revisio monitorum ist aber aus nicht erhellenden Gründen der § 436 an die Stelle gesetzt worden. Bornemann VI S. 94.

wissen will, mithin zwar die dem Berechtigten ein bloßes Hoffnungsrecht gewährende bedingte Forderung als zu einer wirklichen — also unbedingten — erhoben, nicht aber den ursprünglichen Zahlungstermin zum Nachtheile des Erben als geändert betrachtet.

---

§ 439. «Daraus, daß der Erblasser dem Gläubiger eine dessen Schuldforderung gleiche Summe vermacht, folgt noch nicht, daß er bloß seine Schuld hat tilgen wollen.»

§ 440. «Vielmehr muß die vermachte Summe berichtigt, und überdies die Schuld bezahlt werden, wenn nicht ein Anderes ausdrücklich verordnet ist.»

262. Die hier gegen den animus compensandi aufgestellte Rechtsvermuthung entspricht dem gemeinen Recht[1]) und findet sich auch in älteren wie neueren Partikularrechten.[2])

---

[1]) l. 85 D. de leg. 2, l. 16 C. eod. (6, 37), l. un. § 3 C. de rei ux. act. (5, 13). Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. 1 nr. 40. Lib. X tit. 2. Menoch. de Praes. Lib. IV praes. 109, 110. S. Stryk de caut. test. cap. XX § 19. Gebr. Overbeck, Medit. IV Nr. 261 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Vergl. auch das Erkennt. des O.-A.-G. zu Dresden vom 4. August 1855 (in der Zeitschrift für Rechtspflege und Verwaltung N. F. XV S. 58).

[2]) Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 13 a. E. „— Dafern aber 5to der Debitor seinem Creditor, ohne die Schuld zu erwähnen, eine gewisse Summe vermacht, so muß diese nebst der Schuld bezahlt werden, und wird Compensatio oder Solutio nicht daraus vermuthet, wenngleich die legirte Summe mit der Schuld im Quantum übereinkommt." Dasselbe bestimmt das Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 2 § 34 N. 2. Oesterr. bürg. G.-B. § 667. „Wenn der Erblasser einer Person eine Summe schuldig ist und ihr eine gleiche Summe vermacht; so wird nicht vermuthet, daß er die Schuld mit dem Vermächtnisse habe tilgen wollen. Der Erbe bezahlt in diesem Falle die Summe doppelt, einmal als Schuld, und dann als Vermächtniß." Sächs. bürg. G.-B. § 2487. „Vermacht der Erblasser seinem Gläubiger einen seiner Schuld gleichkommenden Betrag, ohne zu erklären, daß er denselben schuldig sei, so kann der Gläubiger das Vermächtniß neben seiner Forderung verlangen." Code civ. art. 1023. „Le legs fait au créancier ne sera pas censé en compensation de sa créance, ni le legs fait au domestique en compensation de ses gages."

---

n. Vermachte Alimente.[1])

§ 441. «Sind Jemandem, der sich selbst nicht verpflegen kann, Alimente vermacht, so müssen ihm dieselben, so lange er sich in diesem Zustande befindet, gereicht werden.»[2])

§ 443. «Der im Testamente nicht näher bestimmte Unterhalt muß, wenn der Erblasser den Legatarium schon vorhin verpflegt hatte, nach der Art, wie dieses geschehen ist, und nach der Lebensart, wozu der Erblasser den Legatarium hat vorbereiten wollen, festgesetzt werden.»

§ 444. «Außerdem ist auf den Stand des Legatarii, welchen derselbe zur Zeit des errichteten Testaments hatte, Rücksicht zu nehmen.»

263. Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 17: „Bey dem vermachten Unterhalte wird 1mo zuvörderst auf die Disposition gesehen, und wenn hierin nichts Gewisses bestimmt ist, so kömmt es 2do auf richterliche Ermäßigung an, wobey sowohl auf das hinterlassene Vermögen, als das Alter und den Stand des Legatarius vorzügliches Augenmerk genommen werden, und hiernach der Ausspruch geschehen muß —."

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 672. „Das Vermächtniß des Unterhaltes begreift Nahrung, Kleidung, Wohnung und die übrigen Bedürfnisse, und zwar auf lebenslang, wie auch den nöthigen Unterricht in sich. Alles dieses wird auch unter Erziehung verstanden. Die Erziehung endigt sich mit der Volljährigkeit. Unter Kost wird Speise und Trank auf Lebenslang begriffen." § 673. Das Maß der im vorstehenden § angeführten Vermächtnisse, wenn es weder aus dem ausdrücklichen, noch aus dem stillschweigenden, durch die bisherige Unterstützung erklärten Willen des Erblassers erhellt, muß nach dem Stande bestimmt werden, welcher dem Legatar eigen ist, oder, wozu er durch die genossene Verpflegung vorbereitet worden ist."

---

[1]) Vergl. Dig. tit. de alimentis vel cibariis legatis (35, 1). Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 157. Alimenta quando et quae, quantum alimentorum nomine praesumantur legata. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 28. Legatum alimentorum.

Sehr ausführliche, dem gemeinen Recht entnommene Bestimmungen enthält das Proj. Corp. Juris Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 14. „Wann der Testator dem Legatario Alimenta und den Unterhalt, oder den Tisch und die Speisung legiret."

[2]) Der folgende § 442 enthält eine ganz selbstverständliche Anwendung dieses Satzes, die der Gesetzgeber nicht zu machen braucht.

Sächsisches bürgerl. Gesetzbuch § 2473. „Der Lebensunterhalt umfaßt Alles, was zum standesmäßigen Lebensunterhalte des Bedachten und zur Beerdigung desselben [1]) nöthig ist. Bei noch unerzogenen Personen ist darunter auch der Aufwand der Erziehung, des Unterrichtes und der Ausbildung zu einem Berufe begriffen."

264. Die im § 441 in Betreff der Dauer der vermachten Alimente gegebene Auslegungsregel beschränkt sich auf das einer solchen Person zugedachte Vermächtniß, „die sich nicht selbst verpflegen kann." Tritt diese Voraussetzung nicht ein, so wird bei dem Mangel einer näheren Bestimmung nach Analogie des § 421 d. T. das Legat einer lebenslänglichen Rente anzunehmen sein.[2])

265. Auch die übrigen §§ 443—446 enthalten nur Auslegungsregeln, wie sie schon das gemeine Recht kennt.[3])

---

[1]) Daß auch die Beerdigungskosten unter den vermachten Alimenten begriffen seien, wird gemeinrechtlich nicht angenommen.

Vergl. v. Kreittmayr, Anmerk. zum Cod. Max. Bav. civ. a. a. O.: — Da die alimenta nur ad dies vitae dauren, so rechnet man die auf Legatarium erloffene Funeral-Kösten keineswegs mehr dahin, sofern sich kein anderer Titulus als ultima voluntas von dieser Schuldigkeit bezeigt. Proj. Corp. Jur. Frid. a. a. O. § 9 Nr. 5. „Unter diese Alimenta gehören aber nicht — die Begräbnißkosten, wann der Testator nicht ausdrücklich Meldung davon thut."

[2]) Brunnemann, com. in P. ad l. 14 de alim. leg. nr. 1: Quando alimenta simpliciter legata sine praefinitione certi temporis, inspiciendum est, quid testator voluerit, si de hoc non constet, praesumitur reliquisse alimenta per totum vitae tempus. Baier. Landr. Th. III Kap. 7 § 17. „— 3tio dauert auch dieses Legat regulariter, so lange der Legatarius lebt, und hindert 4to nicht, daß er etwa in anderweg bemittelt ist und des Legates nicht mehr bedarf." Sächs. bürg. G.-B. § 2472. „Ist bei dem Vermächtnisse des Lebensunterhaltes keine Zeit bestimmt, auf welche der Unterhalt gewährt werden soll, so ist anzunehmen, daß derselbe auf die Lebensdauer des Bedachten zu gewähren ist." Oesterr. bürg. G.-B. § 672 f. oben.

[3]) l. 14 § 2, l. 22 pr. h. t., l. 14 D. de ann. leg. (33, 1). In Betreff der Studienkosten wird von Kreittmayr a. a. O. gesagt: „Was die Mores, Studia, Künsten und anderes mehr ad disciplinam animi, als curam corporis gehöriges betrifft, wird wenigist unter jene Alimenta, so man nur ex legato vel ultima voluntate schuldig ist, nicht mehr rubricirt." Desgl. Berger, oecon. jur. Lib. II tit. IV c. 27 not. 3: Legato alimentorum minus contineri sumtus studiorum, nisi doceatur aliam fuisse testatoris sententiam.

Vergl. Proj. Corp. Jur. Frid. a. a. O. § 9 Nr. 5. „Unter diese Alimenta gehört aber nicht, was der Legatarius zur Schule und zum Studiren oder zur Reise nöthig hat —."

o. Vermachte Ausstattung.[1])

§ 447. »Hat Jemand einer Frauensperson eine Aussteuer, oder Ausstattung, ohne weitere Bestimmung vermacht, so muß dieselbe, ohne Rücksicht auf das eigene Vermögen der Auszustattenden, so bestimmt werden, wie sie eine Person von dem Stande der Legataria nach den gesetzlichen Bestimmungen würde fordern können.«

266. Celsus l. 43 D. de leg. 3: Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari jussisset, Tubero perinde hoc habendum ait, ac si viri boni arbitratu legatum sit. Labeo quaerit, quemadmodum apparet, quantum dotem cujusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet? Ait, id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 7 § 15 : „— 5to Legatum Dotis, welches nämlich der Ehefrau nicht von ihrem Ehemanne, sondern von einem andern vermacht wird, hat nicht nur die stillschweigende Bedingniß in sich, wenn die Ehe erfolgt,[2]) sondern kann auch in unbekannter Summe vermacht werden, welchenfalls das Quantum von der Obrigkeit bestimmt wird."

Oesterreich. bürgerl. G.-B. § 670. „Vermacht der Erblasser einer dritten Person ein unbestimmtes Heirathsgut; so versteht man darunter, ohne Rücksicht auf ihr eigenes Vermögen, ein solches Heirathsgut, als der Vater dieser Person bei mittelmäßigem Vermögen nach seinem Stande abzureichen schuldig wäre."

Sächs. bürgerl. G.-B. § 2492. „Die Höhe einer Ausstattung, welche ohne nähere Angabe, worin sie bestehen soll, vermacht wird, ist ohne Rück-

---

[1]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IX tit. 1 nr. 3. Menoch. de Praesumt. Lib. IV praes. 146—149. Leyser, Med. ad P. spec. 386. Hasse, das Güterrecht der Ehegatten I S. 3[illegible] f. Arndts in Weiske's Rechtslex. VI S. 340, 341.

[2]) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2489. „Wird einer Frauensperson Etwas, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Ehe, mit der Bemerkung vermacht, daß es eine Ausstattung sein soll, so ist das Vermächtniß nicht als von der Bedingung abhängig anzusehen, daß die Vermächtnißnehmerin eine Ehe eingeht." § 2490. „Die einer Mannsperson, ohne Rücksicht auf eine bestimmte Ehe, vermachte Ausstattung ist als von der Bedingung abhängig anzusehen, daß der Vermächtnißnehmer eine Ehe eingeht." § 2491. „Wenn einer Mannsperson eine Ausstattung vermacht wird für den Fall, daß sie eine bestimmte Frauensperson heirathet, oder zu dem Zwecke, daß sie dieselbe heirathet, so ist anzunehmen, daß die Ausstattung mit Rücksicht auf die bestimmte Frauensperson und für dieselbe bestellt worden ist."

Vergl. auch Unger § 75 Note 5.

sicht auf das eigene Vermögen des Bedachten, nach dem Stande des Vaters desselben und, bei außerehelich Geborenen, nach dem Stande der Mutter zu bestimmen."

Von der Münzsorte bei Legaten.[1]

§ 450. «Legate, bei welchen keine Münzsorte bestimmt worden, sind in Silbercourant, so wie dasselbe zur Zeit der gerichtlich aufgenommenen oder übergebenen letztwilligen Verordnung gangbar, zu entrichten.»

§ 451. «Ist das Legat in einem an sich gültigen außergerichtlichen Aufsatze enthalten, so wird bei Bestimmung der Münzsorte auf das Datum des Aufsatzes Rücksicht genommen.»

267. Es handelt sich hier um eine reine Interpretationsfrage,[2] wobei sich von selbst die Vermuthung bietet, daß der Testator die zur Zeit der letztwilligen Verfügung bestehende Münzsorte gemeint habe.[3])

---

[1]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. III tit. IX nr. 8. Pecunia legata si varietur, debet aestimatio, quae fuit tempore testamenti. Codex Fabrianus Lib. VI tit. 19 def. 12, Lib. VIII tit. 30 def. 15. Carpzov, Jurispr. for. P. II c. 28 d. 8. Pufendorf, Obs. jur. univ. IV 115. Kind, Quaest. for. T. I cap. 53. Hommel, Rhaps. I obs. 147. J. L. Schmidt, Abhandl. von den Münzsorten, in welchen eine Geldschuld abzutragen ist. (2. Ausg. Jena 1782.) §§ 312 ff. Gebr. Overbeck, Medit. I Nr. 10.

[2]) Vergl. l. 50 § 3 D. de leg. 1, l. 78 § 1 D. de her. inst. (28, 5), l. 75 D. de leg. 3.

[3]) Gail, Pract. Obs. Lib. II obs. 73 nr. 4: — Quod etiam obtinet in ultimis voluntatibus, ut si testator centum coronatos legat, considerandus est valor, qui fuit tempore conditi testamenti, non autem tempore mortis testatoris. Cod. Fabrianus Lib. VIII tit. 30 def. 15: Cum quaeritur in qua moneta solvi legatum debeat ... placet tempus testamenti spectandum esse, quoniam ex patrimonii comparatione prudens testator legandi modum sumere et solet et debet, futuraeque mutationis ignarus non de alia moneta et cogitare videri potest, quam de ea, quae tum in usu et commercio est, cum legat ... Interdum tamen evenit, ut ex verbis aut voluntate testantis tempus mortis in solvendo legato inspiciendus sit. Nunquam enim a verborum vi et potestate recedendum est, si voluntas consentiat. Ita Senat. Sabaudiae M. Jun. 1591. Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 10 § 6. „Wann der Testator eine gewisse Sorte von Geld vermacht, deren Werth nach dem Testament steigt oder fällt, so

268. Ein Erkenntniß des Ob.-Hof-Ger. zu Mannheim spricht aus:

> Wenn ein Erbe angewiesen ist, eine bestimmte Summe an einen Legatar auszuzahlen, ihm aber dabei das Testament die Wahl läßt, ob er die Leistung in baarem Gelde oder in Staatspapieren und sonstigen Schuldurkunden machen will, so kann dem Legatar die Annahme von Papieren, welche einen von ihrem Nennwerthe verschiedenen Curs haben, nur zum Curse zugemuthet werden.
>
> (Seuffert, Archiv III Nr. 351.)[1])

Vermächtnisse von Sachen, die der Legatarius nicht besitzen kann.

269. Die hierüber in den §§ 452—455 gegebenen Vorschriften[2]) haben, von Ausländern[3]) abgesehen, für das neuere Recht ihre Bedeutung verloren.

---

muß derjenige Werth, welcher tempore testamenti facti gewesen, bezahlt werden."

Vergl. auch das Münzedict vom 29. März 1764 § 10 Nr. 3. (Rabe, Samml. I, 3 S. 13.)

[1]) Vergl. Hommel Rhaps. IV obs. 574. Do lego duo millia, quae heres in obligationibus publicis (Landschaftlichen Obligationen) solvet. Dico legatarium in pleno valore has publicas obligationes accipere debere. (Mittheilung eines Responsum von 1772.)

[2]) Vergl. Ulp. l. 40 D. de leg. 1: Sed si res aliena, cujus commercium legatarius non habet, ei, cui jus possidendi non est, per fideicommissum relinquatur, puto aestimationem deberi.

Marcian. l. 114 § 5 D. de leg. 1: Si quid alicui licite fuerit relictum, quod ipse quidem propter corporis sui vitium, vel propter qualitatem relicti, vel aliam quamcunque probabilem causam habere non potuit, alius tamen hoc habere potuit, quanti solet comparari, tantam aestimationem accipiet.

(cf. l. 49 § 2 D. de leg. 2. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-Rechts § 731 Note 1 und die das. angeführten Schriftsteller.)

Oesterr. bürg. G.-B. § 654. „Werden Sachen vermacht, die zwar im gemeinen Verkehr stehen, die aber der Legatar zu besitzen für seine Person unfähig ist, so wird ihm der ordentliche Werth vergütet."

Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2410.

[3]) Kab.-Ordr. vom 28. März 1809. (Mathis Jur. Monatsschr. VIII S. 27.)

Vermächtnisse, die als Strafe verordnet sind.[1])

§ 457. »Verordnungen eines Testators, wodurch er dem Erben oder Legatario gewisse Nachtheile auflegt, wenn sie seinen letzten Willen anfechten, oder demselben zuwiderhandeln würden, sind niemals auf den Fall auszudehnen, wenn bloß die Gewißheit und Richtigkeit des letzten Willens von ihnen bezweifelt wird.»

270. Dieser Rechtssatz, der sich auf die Wirkung der s. g. clausula privatoria[2]) bezieht, ist der gemeinrechtlichen Praxis[3]) entnommen. Derselbe setzt daher an sich die Zuläßigkeit einer solchen Anordnung voraus[4]) und tritt nur der, einer vernünftigen Willensauslegung nicht

---

[1]) Ueber die legata poenae nomine relicta vergl. l. un. C. de his quae poen. nom. (6, 41), § 36 J. de leg. (2, 20). W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. Th. 2 S. 273—279. Fitting in Goldschmidt's Zeitschrift für das gesammte Handelsr. V S. 147 Anm. 83.

[2]) Averan. Interpr. jur. Lib. II cap. 29. S. Stryk, de caut. test. Cap. 24 §§ 67 sqq. Geiger und Glück, merkw. Rechtsfälle B. 3 S. 50 f. Seuffert, Archiv III Nr. 186.

[3]) Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 7 d. 23. Potest testator privare heredem vel legatarium portione sibi relicta, si impugnaverit ipsius judicium ac voluntatem. d. 24. Non tamen incurrit poenam privationis, a testatore statutam, heres vel legatarius, qui solennia testamenti solummodo impugnat. Berger, Respons. P. II resp. 291. Heres, qui de sententia testatoris controversiam movet, non impugnat testamentum, ac propterea portione sua non est privandus. Berger, oecon. jur. Lib. II tit. IV c. 56 not. 4: Legatarium, qui querelam nullitatis contra testamentum instituit, legatum non amittere, quamvis testator expresse jusserit, ut, qui voluntatem suam impugnaverit, legato privetur. Ita Fac. Vitteub. respondit. 1709. S. Stryk, Us. mod. Lib. 30, 31, 32 § 19.

[4]) Diese Zuläßigkeit wird in älteren Partikularrechten ausdrücklich ausgesprochen. Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Art. 36. „Es mag auch ein jeglicher seinen letzten Willen, auf den Fall des Nicht-haltens, dergestalt verpönen, daß, wofern jemand der Eltern oder Kinder sich dem Testament, oder letzten Willen, ungehorsamlich widersetzen würde, über ihre gebührende Legitimam nichts gefolgt werden, sondern dasselbe dem gehorsamen Theil zuwachsen soll, oder, so jemand anders, dem man die Legitimam zu lassen nicht verbunden, mit dem, so ihm verordnet, sich nicht begnügen ließe, daß demselben überall nichts gefolget werden soll." Uebereinstimmend damit die erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 1 § 14. Vergl. Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 11 a. E.: — „Fällt endlich dieselbe (die Erbeinsetzung) auch in Casu, da der Erbe dasjenige, was ihm sub Poena amittendae Haereditatis aufgetragen worden, nicht thut, es sey denn, daß

entsprechenden, Ausdehnung derselben auf den gedachten Fall entgegen. So bestimmt auch das Oesterreich. bürg. Gesetzbuch:

§ 720. „Eine Anordnung des Erblassers, wodurch er dem Erben oder Legatar unter angedrohter Entziehung eines Vortheiles verbietet, den letzten Willen zu bestreiten, soll für den Fall, daß nur die Echtheit oder der Sinn der Erklärung angefochten wird, nie von einer Wirkung sein." [1])

C. in Ansehung der Substitutionen:

1. der gemeinen. [2])

§ 458. «Wer einem Erben oder Legatario durch gemeine Substitution nachgesetzt worden, hat, so weit der Testator nicht ein Anderes ausdrücklich verordnet, mit demjenigen, welchem er nachgesetzt ist, gleiche Rechte und Pflichten.»

271. Wir befinden uns hier wieder auf dem Gebiete der Willensauslegung, wobei das Gesetz mit Rechtsvermuthungen zu Hülfe kommt. In dieser Hinsicht bietet sich, gleichsam von selbst, die sehr natürliche Regel dar, daß die Institution im Zweifel auch den Maßstab für die Substitution abgibt; [3]) denn hätte der Testator dies nicht gewollt, so würde er nothwendig besondere Anordnungen für die Substitution, die ja an sich die Ernennung eines zweiten Erben an die Stelle des ersten ist, haben treffen müssen. Der Substitut überkommt daher, bei dem Mangel entgegengesetzter Bestimmung, die dem Erstberufenen zu-

---

der Auftrag etwas Unmögliches, Verbotenes oder Extravagantes in sich hält." (Kap. 6 § 8 bestimmt dasselbe in Betreff der Vermächtnisse.) Oesterr. bürg. G.-B. § 712. „Die Anordnung, wodurch der Erblasser seinem Erben eine unmögliche oder unerlaubte Handlung mit dem Beisatze aufträgt, daß er, wofern er den Auftrag nicht befolgte, einem Dritten ein Legat entrichten soll, ist ungültig." (Dazu Unger § 18 Note 6.)

[1]) Eine gleiche Vorschrift enthält auch das Sächs. bürg. G.-B. § 2148. Vergl. auch den Rechtsfall in Glaser's und Unger's Sammlung von civilr. Entscheid. des oberst. Gerichtshofes zu Wien III Nr. 1347.

[2]) Der Begriff und das Wesen der gemeinen Substitution ist bereits zu den §§ 50, 51 d. T. (B. 1 S. 391 f.) erörtert.

[3]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. V tit. 1 nr. 20: Generaliter etiam traditum est, dubiam substitutionem ex praecedente institutione declarari.

gedachten Rechte in ihrem ganzen Umfange,[1]) aber auch mit allen daran geknüpften Beschränkungen und Lasten.[2]) Der Substitut erwirbt sonach bei unbeschränkter Berufung den ganzen Erbtheil des zuerst Eingesetzten,[3]) nicht aber die dem Letzteren zugedachten Prälegate, sofern nicht der Wille des Testators erhellt, auch auf diese, mit der Erbeinsetzung nicht in nothwendigem Zusammenhange stehende, besondere Zuwendung die Substitution auszudehnen.[4]) — Ob zu den auf den Substituten übergehenden Beschränkungen des Rechts auch die der ersten Erbeinsetzung beigefügten Bedingungen zu rechnen sind, wird nach unserem Recht, welches hierüber keine besondere Bestimmung (praesumtio juris) enthält,[5]) als reine Willensfrage nach den obwalten-

---

[1]) Bezeichnend drückt dies die erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 4 § 1 a. E. aus: „Welcher auch (der Substitut), wann sich der Fall mit dem ersten Erben, in maßen vorgemeldt, zutrüge, gleiche Erbgerechtigkeit hat, als derselbig, wann er es erlebt hette, haben mögen." (Uebereinstimmend mit dem erneuert. Land-Recht von Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. III Tit. 10 § 1.)

[2]) Mantica l. c. nr. 12. Substitutus non debet esse melioris conditionis quam institutus. Oesterr. bürg. G.-B. § 606. „Die dem Erben auferlegten Lasten werden auch auf den an seine Stelle tretenden Nacherben ausgedehnt, wofern sie nicht durch den ausdrücklichen Willen, oder die Beschaffenheit der Umstände, auf die Person des Erben eingeschränkt sind." Sächs. bürg. G.-B. § 2191. „Die dem Erben auferlegten Verbindlichkeiten gehen auf den Nacherben über, sofern sie sich nicht blos auf die Person des Erben beziehen."

[3]) l. 59 § 3 D. de her. inst. (28, 5).

[4]) Brunnemann, com. in P. ad l. 32 de leg. 2: Praelegata instituto, si institutus, antequam adeat, moritur, non veniunt ad substitutum, sed ad instituti heredes, quia substitutio fit respectu portionis hereditariae. Sintenis gem. Civilr. III S. 441 Note 9: So viel ist klar, daß, wenn die Substitution dadurch eintritt, daß der Institut die Erbschaft (allein) ausschlägt, Letzterer das Prälegat erwirbt und von jener in Bezug darauf gar nicht die Rede sein kann. Aber auch in keinem einzigen anderen Falle kann man den Uebergang des Prälegats auf den Substituten in der Erbschaft annehmen, sobald nicht der Wille des Testators als dahin gerichtet erscheint, daß Erbtheil und Prälegat als durchaus zusammengehörig erscheinen sollen, oder er sonst auch letzteres ausdrücklich dem Substituten zugewendet hat.

Gewöhnlich wird jedoch diese Streitfrage mit Unterscheidung der verschiedenen Fälle beantwortet. Vergl. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten S. 316 f. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[5]) Vergl. dagegen Gaj. l. 73 D. de her. inst. (28, 5): Sub conditione herede instituto si substituamus, nisi eandem conditionem repetemus, pure eum heredem substituere intelligimur. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. X tit. VI nr. 2. Conditio adjecta in institutione non videtur repetita in substitutione, nisi in dando consistat. Oesterr. bürg. G.-B. § 702. „Eine dem Erben

den Umständen zu entscheiden sein. Man wird dabei zu beachten haben, daß eine aufschiebende Bedingung, zumal wenn sie vom Zufall abhängig ist, sich nicht als eine bloße Rechtsbeschränkung auffassen läßt, wohl aber eine auflösende Bedingung, so wie unter Umständen jede Anordnung, welche dem Berechtigten ein Handeln auferlegt. Nur in den Fällen der letzteren Art kann daher füglich über den Willen des Testators ein Zweifel obwalten.[1])

Zu den dem Nächstberufenen auferlegten „Pflichten," von denen unser § 458 neben den Rechten allein redet, gehört insbesondere die Entrichtung der Vermächtnisse, sofern sie nicht nach den obwaltenden Umständen auf die Person des ersten Erben beschränkt sind.[2])

---

oder Legatar beigerückte Bedingung ist, ohne ausdrückliche Erklärung des Erblassers, auf den von dem Erblasser nachberufenen Erben oder Legatar nicht auszudehnen." Sächs. bürg. G.-B. § 2190. „Eine Bedingung, welche der Erbeinsetzung beigefügt ist, gilt, wenn sie nicht wiederholt worden, im Zweifel nicht für die Nacherbeinsetzung." Die entgegengesetzte Bestimmung enthält das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19. „— 7mo stehet dem Testator frey, ob er pure, conditionate, sub Die, Modo, Causa, Demonstratione vel Poena substituiren wolle, wenn aber dergleichen Beysätze in Substitutone unterlassen werden, so hält man dafür, daß die Substitution auf die nämliche Weise und Conditionen wie die Institution selbst, geschehen sey, folglich muß auch Substitut sich das Nämliche gefallen lassen." Zur Rechtfertigung dieser Vorschrift bemerkt v. Kreittmayr: „Die Praedilection, welche Testator pro Instituto gehabt hat, bringt solches von selbst mit sich, indeme sie vernünftiger Weis nicht vermuthen last, daß man substitutum tanquam minus dilectum weniger als jenen habe beschwären wollen."

[1]) Vergl. Voet, com. ad P. XXVIII, 7 nr. 4: — Conditiones quoque institutioni appositas, saepe in substitutione videri repetitas ... colligi potest ex arg. l. un. § 4, 9 C. de cad. toll., l. 77 § 15 D. de leg. 2, l. 74 D. de leg. 1, nisi aliud suadeant circumstantiae, cum vel conditio non satis quadrat in substitutum, vel apparet, substitutionem ob id factam esse, ut conditione institutionis deficiente, substituto locus esset, quod accidit, cum conditio institutioni apposita casualis est; quippe quae si in substitutione intelligeretur repetita, nullius momenti foret substitutio. Et ad hos similesque casus alios pertinere videtur l. 73 D. de her. inst. Brunnemann, com. in P. ad l. 73 de her. inst. nr. 1: Conditio casualis vel mixta heredi apposita non videtur repetita in persona substituti, et sic conditione deficiente, locus est substituto; ratio est, quia conditio addita est instituto in favorem substituti, ergo ei nocere non debet. cf. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 178. Conditio apposita institutioni quando in substitutione repetita praesumatur.

[2]) Ulp. l. 74 D. de leg. 1: Sicut Imperator noster cum patre rescripserit, videri voluntate testatoris repetita a substituto, quae ab instituto fuerint

272. Die unter Miterben angeordnete Substitution (s. g. substitutio reciproca) regelt sich im Zweifel nach den Erbantheilen, so daß sich das Verhältniß wie beim Anwachsungsrecht gestaltet.[1]) Und dies muß auch nach unserem Rechte gelten, wiewohl das Landrecht keine Vorschrift hierüber enthält.[2]) Zweifelhafter ist der Fall, wenn neben den Erben noch ein Dritter als Substitut ohne Bestimmung seines Antheils gerufen ist. Nach römischem Recht ist, wie es auch das Sächs. bürg. Gesetzb. § 2193 ausdrücklich verordnet, „für ihn ein Kopftheil auszuwerfen und der Ueberschuß unter die Miterben nach der für die Erbeinsetzung angeordneten Theilbestimmung zu vertheilen,"[3]) wogegen das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 607 bestimmt:

> „— Wird aber in der Substitution, außer den Miterben noch sonst Jemand berufen, so fällt der erledigte Erbtheil Allen zu gleichen Theilen zu."[4])

Die Interpretationsregel des römischen Rechts erscheint jedoch als die angemessenere, da das den eingesetzten Erben vermöge der Substitution Zufallende immer nur einen Zuwachs ihres ursprünglichen Erb-

---

relicta, tamen hoc ita erit accipiendum, si non fuit evidens diversa voluntas, quae ex multis colligeretur, an quis ab herede legatum vel fideicommissum relictum noluerit a substituto deberi. Quid enim, si aliam rem reliquit a substituto ei fideicommissario vel legatario, quam ab instituto non reliquerat? Vel quid, si certa causa fuit, cur ab instituto reliquerat, quae in substituto cessaret? Vel quid, si substituit ex parte fideicommissarium, cui ab instituto reliquerit fideicommissum? In obscura igitur voluntate locum habere rescriptum dicendum est. Alciat. tr. de Praesumt. Regula secunda praes. 35. Mantica de conj. ult. vol. Lib. V tit. 1 nr. 13. Menoch de Praesumt. Lib. IV praes. 108. Legata ab instituto, quando praesumantur repetita a substituto. Emil Hoffmann in Sell's Jahrb. für die histor. und dogmat. Bearbeit. des röm. Rechts I Heft 3 S. 331—390.

[1]) § 2 J. de vulg. subst. (2, 15): Et si ex disparibus partibus heredes scriptos invicem substituerit et nullam mentionem in substitutione partium habuerit, eas videtur in substitutione partes dedisse, quas in institutione expressit. Et ita Divus Pius rescripsit. l. 1 C. de imp. et al. subst. (6, 26): Cum heredes ex disparibus partibus instituti et invicem substituti sunt, nec in substitutione facta est ullarum partium mentio, verum est, non alias partes testatorem substitutioni tacite inseruisse, quam quae manifeste institutione expressae sint. Oesterr. bürg. G.-B. § 607. Sächs. bürg. G.-B. § 2193.

[2]) Gesetz-Revis. Pensum XVI S. 177, 178.

[3]) l. 32 D. h. t. (28, 6). Arndts in Weiske's Rechtslex. X S. 661. Vergl. auch den Großh. Hessischen Entw. Abth. III Art. 158.

[4]) Die Gesetz-Revisoren a. a. O. entscheiden sich für die Vorschrift des Oesterr. Rechts, jedoch in der irrigen Ansicht, daß dieselbe mit dem röm. Recht übereinstimme.

theiles bildet und daher die Vermuthung dafür spricht, der Testator habe diesen Zuwachs nach der Höhe des Erbtheils bestimmt wissen wollen.[1])

---

§ 459. «Der Substitut geht in demjenigen, worin er substituirt worden, nicht nur den Intestat-, sondern auch den im Testamente ernannten Miterben vor.»

273. Die Substitution schließt, soweit sie sich erstreckt, ihrem Zwecke nach sowohl die Intestaterbfolge, als auch bei der Einsetzung mehrerer Erben das Anwachsungsrecht aus.[2]) Es handelt sich daher immer um die Thatfrage: „worin der Nachberufene substituirt worden." Dies entscheidet sich nach der Art und Weise der getroffenen Anordnung, insbesondere darnach, ob der Testator gradweise in der Art substituirt hat, daß die Personen des nächstfolgenden Grades erst bei dem Wegfallen sämmtlicher im vorhergehenden Grade Eingesetzten berufen sein sollten.[3])

---

[1]) Vergl. die Motive zu dem Großh. Hessischen Entw. Abth. III S. 106.

[2]) l. 3 C. de imp. et al. subst. (6, 26): Heres instituta matris testamento, si successionem ex testamento omisisti, et ab intestato bonorum possessionis jus habere voluisti: substituto locum quin feceris, in dubium non venit. Proinde, si substitutus hereditatem amplexus est, actionibus, quae tibi adversus matrem competebant, ipsum convenire, non successionem ab intestato potes vindicare. Ulp. l. 2 § 8 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Si duo sint heredes instituti, Primus et Secundus, Secundo Tertius substitutus, omittente Secundo bonorum possessionem Tertius succedit; quodsi Tertius noluerit hereditatem adire, vel bonorum possessionem accipere, recedit bonorum possessio ad Primum... Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XI tit. 5 nr. 6. Substitutus excludit jus accrescendi et conjuncto praefertur. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 87. Substitutus quando et quibus ex conjecturis praeferatur conjuncto, et e contra.

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. II Art. 2 § 4. „Jedoch, wo der Testirer einem, der nicht erben könte oder wolte, einen andern zum Nacherben gesetzt oder substituiret hätte, derselbe Substitutus und Nachgesetzte wird an des Abgestandenen statt zugelassen, und hat das Recht der Zuwachsung oder Jus accrescendi keine Krafft noch statt mehr —." Oesterr. bürg. G.-B. § 809.

[3]) Voet, com. ad P. 28, 6 nr. 6: An autem coheres quoque ex jure accrescendi substituto praeferri debeat, ex circumstantantiarum varietate saepe dijudicandum est. Si enim singulis heredibus separatos subjunxerit substitutos... dubium non est, quin — coheres non aliter admittatur, quam si substitutus nolit aut non possit heres esse. Idemque statuendum videtur, etiamsi non ita apertis formulis suam testator mentem expresserit, simodo non incontra-

§ 461. «Ist der Erbe oder Legatarius mit seinem Substituten zugleich umgekommen, so können die Erben des Letzteren aus der Substitution keinen Anspruch machen. (Tit. 1 § 39.)»

§ 462. «Hat aber der Substitut den Testator überlebt, und ist erst innerhalb der gesetzmäßigen Ueberlegungsfrist des eingesetzten Erben verstorben; so geht das Recht aus der Substitution auf seinen Erben über. (Tit. 9 § 383.)»

§ 463. «Die gemeine Substitution verliert ihre Wirkung, sobald der erste Erbe oder Legatarius die Erbschaft oder das Vermächtniß auf eine rechtsbeständige Art übernommen hat.»

§ 464. «Kommt jedoch derselbe auf eine oder die andere Art in den Fall, daß er sein erworbenes Recht wieder aufgeben kann oder muß, so tritt auch der Substitut wieder in seine vorigen Rechte.»

§ 465. «Wenn der eingesetzte Erbe vor dem Ablaufe der Ueberlegungsfrist stirbt, so kommt den Erben die Vorschrift des neunten Titels § 397 auch gegen den Substituten zu Statten.»

274. Die Vorschrift des § 461 ist ganz bedeutungslos, da, wenn Beide, der Zunächstberufene und der Substitut, vor dem Erblasser sterben, die letztwillige Verordnung in Ansehung des Einen wie des

---

rium iudicia sint, testatorem voluisse coheredem substituto praeferri... Vinnii com. in § 1 J. 2, 15: — Illud autem tenendum, ut substitutis locus fiat, necesse esse, ut antea primo gradu instituti defecerint, quocunque casu ex superioribus modis substitutio facta proponatur; hoc enim perpetuo exigit natura et ratio substitutionis, adeo ut nulla etiam videatur esse causa dubitandi, ne postremo quidem casu, ubi unus pluribus substitutus sit. Nam qui ita loquitur. „Octavius et Novius heredes sunto, si non erunt, Decius esto," is utique aperte significat, se velle institutos et ambos et singulos substituto praeferri, atque hunc non aliter admitti, quam si neuter illorum heres fuerit, quod ipsum diserte quoque traditum est l. 4 C. de imp. et al. subst. Vergl. auch l. 13 § 6 D. de reb. dub. (34, 5).

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 10 § 2. „Es mag auch einer zween, oder mehr, zugleich zu erben, und denselben aftererben undersetzen. Und wo das geschicht, bekommen die nachgesetzten erben nichts, so lang einer under den ersten vorhanden. Dann alldieweil

Andern, gleichviel wer von ihnen der überlebende sei, ihre Kraft verliert, wenn aber Beide den Testator überleben, der Substitut durch den schon mit dem Tode des Erblassers sich vollziehenden Erbschafts- oder Vermächtnißerwerb des Zunächstberufenen ausgeschlossen wird, also wiederum nichts darauf ankommt, wer früher oder später gestorben sei.[1])

Die folgende Bestimmung (§ 462) hängt mit dem schon früher (Bd. I S. 118 f.) erörterten, vom römischen Rechte abweichenden Grundsatze zusammen:

> daß die Frage, wer an die Stelle des Entsagenden als der Nächstberechtigte zur Erbfolge berufen ist, sich nach dem Zeitpunkte des Todes des Erblassers entscheidet, daß demnach der Erbanfall an den durch den Entsagenden vorläufig Ausgeschlossenen gar nicht als aufgeschoben, also schon mit dem Tode des Erblassers als eingetreten betrachtet wird.

Wenn daher der Substitut erst während der Ueberlegungsfrist des Erstberufenen stirbt und dieser nunmehr entsagt, so wird angenommen, der Substitutionsfall sei schon mit dem Tode des Erblassers eingetreten und das daraus erworbene Recht auf die Erben des Substituten übergegangen.[2])

---

einer under solchen eingesetzten erben die erbschaft angetretten, kann oder soll der ander grad der nacherbschaft nicht statt noch platz finden."

Sächs. bürg. G.-B. § 2192. „Ist an die Stelle mehrerer Erben, welche zu der Erbschaft oder zu einem ideellen Theile derselben ohne Angabe, wie viel ein Jeder erhalten soll, eingesetzt sind, nur ein Nacherbe ernannt, so gelangt dieser erst dann zur Erbfolge, wenn die eingesetzten Erben sämmtlich weggefallen sind."

[1]) Heydemann, Einl. in das Syst. des Preuß. Civilr. I S. 137: Bei gleichzeitigem Untergange des Lebens mehrerer Menschen gilt im Zweifel die Annahme, daß Keiner den Andern überlebt habe. Das praktische Resultat besteht darin, daß in einem solchen Falle kein Recht realisirt wird, welches dadurch bedingt ist, daß ein gewisser Mensch einen Andern überlebt habe. Dies ist auch gemeint in dem übrigens in sich unhaltbaren § 461 Tit. 12.

Bornemann Syst. VI S. 101, 102. Vergl. Struv, synt. jur. civ. Exerc. XXXIII th. 18: Praeterea evanescit substitutio, quocunque herede instituto, quando substitutus ante institutum moritur, neque etiam ad heredem substituti transmitti quid potest, et cum jus necdum subsistit in persona defuncti, non potuit ad heredem ejus transferri.

[2]) Anders nach römischem Recht, dem jener Rechtssatz fremd ist. Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 40 S. 366 f. v. Holzschuher Theorie und Casuistik B. 2 Abth. 1 S. 613 und die das. angeführten Schriftsteller. Baier. Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 19 a. E. „Die Substitution fällt weg..., wenn der Substitut vor dem Instituten

Der Satz des § 463 folgt schon aus dem Begriffe der gemeinen Substitution und gilt daher, gleich dem folgenden,[1]) auch nach römischem Recht,[2]) wie er auch in älteren und neueren deutschen Partikularrechten ausgesprochen ist.[3]) Verliert auf diese Weise die Substitution ihre Wirkung, so fallen auch die dem Substituten für seine Person auferlegten Vermächtnisse.[4])

Auch die Vorschrift des § 465 entspricht dem gemeinen Recht[5]) und ist auch von neueren Gesetzgebungen aufgenommen.[6])

---

stirbt, maßen das Jus Transmissionis in Heredibus Substituti nimmermehr Platz greift," wozu v. Kreittmayr bemerkt: „Der Substitut transmittirt das Jus substitutionis auf seine Erben niemahl, sogar auf den Fall nicht einmahl, wann gleich der Institutus erst nach dem Tod des Substituti die Erbschaft ausgeschlagen hat —."

So bestimmt auch das Sächs. bürg. G.-B. § 2195. „Die Nacherbeinsetzung fällt weg..., wenn der Nacherbe vor der Erklärung des eingesetzten Erben oder des Erben des letzteren über die Erbschaft, stirbt."

[1]) Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 40 S. 360—365.

[2]) Ulp. l. 69 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Quamdiu institutus admitti potest, substituto locus non est, nec ante succedere potest quam excluso herede instituto... Paul. l. 7 pr. eod.... Si quis filiumfamilias heredem instituerit, et ita scripserit: „Si mihi Titius iste filiusfamilias heres non erit, Sempronius heres esto," filio adeunte jussu patris substitutus excluditur. l. 5 C. de imp. et al. subst. (6, 26): Post aditam hereditatem directae substitutiones non impuberibus filiis factae, expirare solent. l. 6 C. de leg. (6, 37): Si legata relicta primus legatarius agnoverit, substitutio eorum in persona Pontianae facta evanuit.

[3]) Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 10 § 1 Abs. 2. „— Sonsten aber, da der erst erb die erbschafft angenommen hette, so hört die andere erbsatzung oder substitutio auf, also daß dabey kein Hoffnung mehr ist, etwas zu erlangen." Frankf. erneuerte Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 4 § 3. „Doch, wann die ersten eingesetzten Erben deß Testatoris Todtfall erleben, und desselben Erbschafft annemmen, So ist dardurch die Substitutio und Underſetzung verloschen, und haben die Nacherben daher weiter nichts zu gewarten." Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 44 § 5. Oesterr. bürg. G.-B. § 615. „Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat —." desgl. Sächs. bürg. G.-B. § 2195.

[4]) l. 13 C. de fideic. (6, 42): Quoties principali loco heres institutus testatori succedit, legata seu fideicommissa a substituto data posci non possunt.

[5]) Voet, com. ad P. XXVIII, 6 nr. 4. S. Stryk, de caut. test. Cap. XVIII membr. I, Mühlenbruch in Glück's Com. B. 40 S. 333—348. Arndts in Weiske's Rechtslex. X S. 657 f.

[6]) Sächs. bürg. G.-B. § 2195. „Die Nacherbeinsetzung fällt weg, wenn der eingesetzte Erbe oder, wenn dieser zwar den Erblasser überlebt hat, jedoch vor der Erklärung über die Erbschaft gestorben ist, dessen Erbe die Erbschaft

2. Fideicommissarische Substitution.[1])

§ 466. «Bei der fideicommissarischen Substitution hat der eingesetzte Erbe oder Legatarius so lange, bis der Substitutionsfall eintritt, alle Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers. (Tit. 21 Abschn. 1.)»

§ 467. «Bei eintretendem Substitutionsfalle müssen der Erbe oder Legatarius, oder deren Erben, Alles, was sie vermöge der Erbeseinsetzung oder des Legats, an Sachen oder Rechten aus dem Nachlasse erworben haben, in dem Stande, in welchem es sich zur Zeit der Uebernehmung befunden hat, dem Substituten oder dessen Erben, ohne den geringsten Abzug, nach eben den Vorschriften, die zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer festgesetzt sind, herausgeben.»

275. Ueber die rechtliche Stellung des Fiduciars sowie des Fideicommissars nach heutigem Recht kann, trotz der ungeeigneten Fassung des § 466, nach den früheren Erörterungen (B. I S. 395 f.) kein Zweifel sein. Beide sind wirkliche Erben — nur in der Zeitfolge getrennt. Das Erbrecht des Fideicommissars, als des Nacherben, tritt erst in Wirksamkeit, wenn der Fiduciar, als der Zunächstberufene, (Vorerbe) aufgehört hat, Erbe zu sein.[2]) Die im § 466 enthaltene Hinweisung auf die „Rechte und Pflichten eines Nießbrauchers" erhält durch den Schluß des § 467 von selbst ihr Verständniß.[3]) Es ist

antritt —." Abweichend bestimmt das Oesterr. bürg. G.-B. § 809. „Stirbt der Erbe eher, als er die angefallene Erbschaft angetreten oder ausgeschlagen hat; so treten seine Erben, wenn der Erblasser diese nicht ausgeschlossen, **oder nicht andere Nacherben bestimmt hat**, in das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen."

[1]) Der Begriff und das Wesen derselben nach unserem Recht ist im B. I S. 395 f. erörtert.

[2]) Hiermit ist von selbst die römisch-rechtliche Auffassung beseitigt, daß einerseits der Fiduciar als bloß vorgeschobener Rechtsträger ein reiner Figurant ist (**Jhering**, Geist des röm. Rechts Th. 3 Leipz. 1865 S. 235, 262), andererseits das ganze Recht des Fideicommissars zunächst nur in einem auf der obligatio zwischen ihm und dem Fiduciar beruhenden Forderungsrechte (fideicommissi petitio) beruht. (**Paul.** R. S. IV 1 § 18: Jus omne fideicommissi non in vindicatione, sed in petitione consistit. **Brinz**, Lehrb. der Pand. § 220 S. 942 f.)

[3]) **Nettelbladt**, syst. univ. jurispr. nat. edit. v. (Hal. 1785) § 749. Fiduciarius heres differt ab herede directo in eo, quod illius dominium heredi-

mithin dasselbe gemeint, was das Oesterr. bürgerl. Gesetzbuch § 613 richtiger dahin ausspricht:

„Bis der Fall der fideicommissarischen Substitution eintritt, kommt dem eingesetzten Erben das eingeschränkte Eigenthumsrecht mit den Rechten und Verbindlichkeiten eines Fruchtnießers zu." [1])

Es hat deshalb auch kein Bedenken, dieses beschränkte Eigenthumsrecht des Fiduciarerben an den Nachlaßgrundstücken im Hypothekenbuche einzutragen. [2]) So verordnet auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 2514. „Der Erbe erlangt an den zur Anwartschaft gehörigen Sachen das Eigenthum und ist, so weit diese unbewegliche sind, in dem Grundbuche als Eigenthümer einzutragen. Sein Eigenthum ist durch die Anwartschaft beschränkt und es ist diese Beschränkung, soweit sie unbewegliche Sachen betrifft, als Verfügungsbeschränkung im Grundbuche einzutragen."

Die dem Fiduciar-Rechte seiner Natur nach innewohnende, durch die obligatorische Seite dieses Verhältnisses — die Restitutionspflicht — von selbst gebotene Beschränkung macht sich zunächst in dem Verbote der Veräußerung geltend, [3]) wovon jedoch alle diejenigen Fälle aus-

---

tatis universale, quatenus hereditas fideicommisso onerata est, non sit tale, de quo libere disponere potest, quodque perpetuum est: sed duret tantum usque ad tempus, quo casus restitutionis, secundum legem restitutionis a fideicommittente dictam, existit. cf. Zasii Consil. I nr. 46. Dominia possunt esse limitata, et res recte mea dicitur facta, quam tamen alii cogar reddere.

Bornemann VI S. 104. Entscheid. des Ober-Trib. B. 26 S. 14 f. — Deutsche Ger.-Zeit. 1865 S. 198 f.

[1]) Unger, S. 214 bemerkt dazu: Dem Vorerben gehört zwar in der Zwischenzeit die Erbschaft zu eigenem Recht mit der Macht, sie zu verwalten, die in ihr enthaltenen Rechte geltend zu machen und die Früchte von ihr zu beziehen, doch ist sein Recht an der Erbschaft durch die Rücksicht auf das wirkliche oder mögliche künftige Recht des Anwärters dergestalt beschränkt, daß er sich, obgleich er Eigenthümer ist, in ähnlicher Lage wie sonst ein Fruchtnießer befindet.

Vergl. auch Sächs. bürg. G.-B. § 2515: — Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Französ. Civilr. (5. Aufl.) IV § 696 S. 315 f.

[2]) Vergl. den Aufsatz Voigt's im Just.-Min.-Bl. 1853 S. 234 f.

[3]) l. 3 § 2, 3 C. com. de leg. (6, 43). Zimmern im Archiv f. d. civil. Praxis VIII S. 156, 157. Erkenntniß des Trib. zu Berlin von 1769: Ein possessor rei fideicommisso subjectae kann solche nicht gültig veräußern, und wenn solches geschieht, kompetirt dem successor rei vindicatio etiam contra tertium possessorem, besonders wenn die Clausel de non alienando ausdrücklich beigefügt ist, in welchem Falle eine solche alienatio a possessore

zunehmen sind, in denen die Veräußerung als eine nothwendige Verwaltungsmaßregel erscheint. [1])

---

facta ipso jure nulla ist, er mag bonae oder malae fidei possessor sein. (Hymmen, Beytr. zur jur. Litterat. VII S. 83.) Vergl. Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 17. Oktober 1856 (Striethorst, Archiv B. 23 S. 9 f.). In Betreff der Frage:

ob der Fideicommissar noch vor Eintritt des Substitutionsfalles bei einer vom Fiduciar unternommenen Veräußerung sein eventuelles Recht geltend machen könne,

ist zu verweisen auf Hommel, Rhaps. VI obs. 867 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Ein Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 18. Septbr. 1849 spricht sich hierüber dahin aus: Der Fideicommissar ist vermöge des ihm durch das Fideicommiß gewährten eventuellen Rechts jedenfalls befugt, schon jetzt der Vornahme einer Handlung zu widersprechen, durch welche ihm die dereinstige Geltendmachung seines Rechts, falls die Bedingung oder Zeitbestimmung, von welcher dasselbe abhängig ist, eingetreten sein wird, außerordentlich erschwert und vielleicht unmöglich gemacht würde. Diese Befugniß des Widerspruches oder der Protestation gegen die beabsichtigte Disposition über die Substanz einer unter dem Fideicommisse begriffenen Sache gründet sich darauf, daß das dereinstige Recht des Fideicommissars auf dieselbe ein dingliches mittels einer actio in rem verfolgbares Recht ist... (Seuffert, Archiv III Nr. 352.)

[1]) Carpzov, Opus Decis. dec. XXI: — Multis casibus heres gravatus vel fiduciarius rem restitutioni obnoxiam distrahere valet... extremis saltem digitis tango necessariam alienationem rerum fideicommisso subjectarum, nempe quae fit pro solutione aeris alieni ipsius defuncti, vel pro legatis ab eo relictis, persolvendis. Ea certe nunquam prohibita censetur: quin potius permissa, etiamsi testator expresse alienationem prohibuisset, modo alia non supersint bona, quae sufficiant. Ex quo perspicuum, minui hereditatem fideicommissario heredi restituendam, per exsolutionem aeris alieni a defuncto contracti, ita ut fiduciarium hoc nomine haud convenire possit, qui potius de suo exsolutionem restituere teneatur... Ita Scabini Lips. Mens. Oct. 1643. Voet, com. ad P. 36, 1 nr. 62: Quoties autem bona restitutioni ex causa fideicommissi obnoxia sunt, alienari nequeunt, nisi ad solvendum aes alienum fideicommittentis, et legata ab eo data, quoties alia non reperiuntur, ex quibus horum solutio fiat... aut nisi consentiant omnes illi, quorum interest ratione fideicommissi... nr. 63: — Sed et res fideicommissarias, quae servando servari nequeunt, recte per fiduciarium alienari, ita ut pretium earum existente die vel conditione restituatur, haud ambigitur.

Sächs. bürg. G.-B. § 2517. „Der Erbe darf, soweit er mit einer Anwartschaft beschwert ist, weder unbewegliche noch bewegliche Sachen veräußern, ausgenommen, wenn ihm der Erblasser die Veräußerung gestattet hat, wenn die Veräußerung zu Bezahlung der Erbschaftsschulden nöthig ist, wenn die Sache sich nicht ohne Gefahr oder Schaden aufbewahren läßt, oder wenn der Anwärter seine Einwilligung dazu gibt."

Letzteres kann um so weniger zweifelhaft sein, als durch eine unter solchen Umständen vorgenommene Veräußerung, die gehörige Verwendung des Erlöses vorausgesetzt, das Erbschaftsvermögen nicht verringert wird. — Aber selbst abgesehen von einer Nothwendigkeit der Veräußerung, wird diese dem Fiduciar auch dann zu gestatten sein, wenn es sich um bewegliche Vermögensstücke handelt, die nur dadurch nutzbar gemacht werden können.[1]) Es ist dies wieder ein Beweis, daß das fiduciarische Nutzungsrecht sich durchaus nicht in die Gränzen des Nießbrauches einzwängen läßt.[2])

Gleichem Gesichtspunkte unterliegt auch die Einziehung der Erbschaftsforderungen, selbst der hypothekarisch versicherten.[3]) Auch hier handelt es sich um eine dem Fiduciar kraft eigenen Rechts zustehende Verfügung, die durch seine Restitutionsverbindlichkeit an sich nicht aus-

---

[1]) Mit Recht wird in dieser Hinsicht in den Motiven zum Großh. Hessischen Entw. Th. III S. 113 bemerkt: — Es gibt nicht wenige Sachen, welche einen wahren Nutzen nur dadurch gewähren, daß sie verkauft oder verbraucht werden können, und gar häufig ist die Nutzbarkeit bestimmter beweglicher Gegenstände durch das Dasein besonderer Umstände bedingt, die bei dem Beschwerten fehlen, oder, wenn sie auch Anfangs vorhanden waren, doch im Laufe der Zeit verschwinden. Deswegen hat auch selbst der Anwärter bei der Erhaltung der Mobilien in Natur kein besonderes Interesse, ihm genügt, wenn er demnächst den Werth derselben empfängt.

[2]) Delvincourt, Institutes de droit civ. français II p. 186: Quant au grevé, il faut bien se garder de confondre son droit avec celui d'un simple usufruitier . . . en effet, le grevé est réellement propriétaire des biens substitués . . . Mais comme cette propriété peut être résolue, et qu'elle est conséquemment incertaine dans sa personne jusq'au moment de son décès, il en resulte que ses obligations sont à-peu-près les mêmes que celles de l'usufruitier.

[3]) Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf den Aufsatz in der Deutschen Gerichts-Zeitung 1865 S. 197 f., welcher zu dem Ergebnisse gelangt: „daß bei einem Universalfideicommisse der Fiduciar eine eingetragene Forderung des Erblassers, insofern seine Disposition hierüber nicht durch Willenserklärung oder richterliches Erkenntniß speziell beschränkt und dies dem Schuldner bekannt war oder in Folge der Eintragung bekannt sein mußte, giltig erheben und darüber löschungsfähige Quittung ertheilen darf, daß er aber hierzu nicht befugt ist, wenn es sich um ein singuläres Fideicommiß handelt, und daß im letzteren Falle der zahlende Schuldner, der darum, daß diese Forderung mit der Substitution belastet ist, durch die Eintragung ins Hypothekenbuch oder sonst Kenntniß erlangt hat oder erlangen konnte, durch die Zahlung an den Fiduciar von der Verbindlichkeit dem Substituten gegenüber nicht befreit wird." Vergl. die Abhandl. Wienstein's in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" VIII S. 305 f.

geschlossen wird.[1]) Derselbe erscheint daher als solcher auch zur Prozeßführung in allen die Erbschaft betreffenden Prozessen vollkommen legitimirt,[2]) ja selbst zu Vergleichen[3]) und deshalb auch zu Erbschafts-

---

[1]) Voet, com. ad P. 36, 1 nr. 63: Non tamen dubitandum videtur, quin pendente fideicommissi petitione debitores hereditarii recte tutoque fiduciario solvant heredi, atque ita ille per solutionis acceptationem hereditarias perimat obligationes, cum hactenus nullus alius sit, cui debiti illius petendi et soluti acceptandi jus natum est, sibique fideicommissarius imputare debeat, quod medio tempore non idoneam pro fideicommissi restitutione cautionem exegerit, si forsan existente conditione non omne, quod interim fiduciario solutum est, ob inopiam ejus recuperare possit. l. 104 D. de solut. (ante restitutam hereditatem solutiones et liberationes factae ab herede ratae habebuntur).

[2]) Leyser, med. ad P. spec. 406 m. 1, 2: — dum pendet conditio vel dies, fiduciarius rerum omnium plenus est dominus, easque libere administrat, et litem, si quae de iis in judicio nascitur, solus exercet. (Es ist dabei ein Facultäts-Urtheil vom Juli 1725 mitgetheilt, betreffend den Fall, wo der von einem Erbschaftsgläubiger wegen eines beträchtlichen Theiles des Nachlasses in Anspruch genommene Fiduciar bis zum Erkenntniß den Prozeß allein führt und dann stirbt. Es ist hier entschieden, daß das ergangene Erkenntniß dem fideicommissarischen Erben in vim publicati zuzusenden — „indem seine beyde Vorfahren, deren facta er nothwendig präſtiren muß, die Sache bereits vollkommen zu Ende gebracht und gänzlich instruirt." v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III cap. 9 § 6 nr. 9: „Fiduciarius haeres hat den verstorbenen Fideicommittentem nach angetretener Erbschaft, wie jeder andere Erb, sowohl quoad activa als passiva zu vertretten, einfolglich haben auch alle aus der Erbschaft herrührende actiones, sowohl für als wider ihn Platz, welches sich jedoch jure saltem hodierno nur von der Zeit verstehet, da das Fideicommiss sich in seinen Handen befindet und an Fideicommissarium noch nicht, restituirt ist." Vergl. Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 12. April 1853: Die Eigenschaft des Fiduziars als wirklicher Erbe wird durch sein Verhältniß zu dem Fideicommißerben im Verhältniß zu dritten Personen nicht aufgehoben. Er ist daher unbeschadet der Rechte des Fideicommißerben zur Führung von Prozessen, die den Nachlaß betreffen, berechtigt. (Striethorst, Archiv B. 9 S. 99 f.)

[3]) Vergl. Voet, com. ad P. II, 15 nr. 8, welcher seine ausführliche Erörterung mit der Bemerkung schließt: Prudentius interim et tutius heres fiduciarius plerumque fecerit, si ab omni abstinuerit transactione, omnesque controversias secundum juris rigorem judiciali patiatur sententia decidi, quamvis nec inficias eundum sit, durum esse, quod fiduciarius debeat litigando sese exponere metui amittendi totum, si succumbat, cum potuisset transigendo partem retinere. Praesertim cum et in jure transactiones commendentur, ac non vituperanda dicatur verecunda cogitatio ejus, qui lites execratur.

theilungen.[1]) Es ist dabei zugleich zu beachten, daß die Prozeßführung ein Rechtsgeschäft ist, das in den meisten Fällen durch eine rechtliche Nothwendigkeit veranlaßt wird und daß die vom Fiduciar oder dessen Gegner geforderte Zuziehung des Fideicommissars allemal zu unauflöslichen Schwierigkeiten führt, wenn die Person des Letzteren sich erst mit dem Eintritte des Substitutionsfalles bestimmt.[2])

Bei allen Verfügungen aber, welche der Fiduciar vermöge seiner rechtlichen Stellung in Ansehung der Erbschaft trifft, liegt ihm die Sorgfalt eines guten Hausvaters ob.[3]) Er haftet daher, gleich dem Nießbraucher, für jedes mäßige Versehen.[4])

276. Fassen wir jetzt das rechtliche Verhältniß des Fideicommissars näher in's Auge. Nach dem Wesen der fideicommissarischen Substitution, wie unser Landrecht dieselbe auffaßt, ist mit dem Eintritte des Substitutionsfalles das Recht des Fiduciars erloschen und das des Fideicommissars in's Leben getreten. Handelt es sich daher um die Erbschaft selbst, so hat Ersterer mit jenem Augenblicke aufgehört Erbe zu sein, während Letzterer, in Verwirklichung seines eventuellen

---

[1]) Voet, com. ad P. X, 2 nr. 38: Quodsi fiduciarius heres, pendente fideicommissi conditione, cum ceteris coheredibus ad divisionem processerit, non potest fideicommissarius post conditionis eventum novam petere hereditatis divisionem, infirmata priore, sed ei, quae per fiduciarium bona fide facta est, standum erit, sive in judicio sive extra judicium mutua coheredum pactione patrimonium defuncti distributum sit...

[2]) Man denke an die häufig vorkommenden Fälle, wo die künftig zu gebärenden Kinder einer bestimmten Person, oder die beim Tode des Fiduciars vorhandenen Intestaterben des Testators fideicommissarisch substituirt sind.

[3]) So bestimmt auch der Großh. Hessische Entw. Abth. III Art. 166 ausdrücklich: „Der Beschwerte hat das Vermögen, dessen demnächstige Ueberlieferung an einen Anwärter ihm auferlegt ist, wie ein guter Hausvater zu verwalten."

[4]) § 16 Tit. 21 Th. I A. L. R. „Bei Nutzungsrechten aus letztwilligen Verordnungen — haftet der Berechtigte in der Regel für ein mäßiges Versehen." Das röm. Recht macht ihn nur für dolus und culpa lata verantwortlich. Ulp. l. 22 § 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Sed enim siquis rogetur restituere hereditatem... placet — cogi eum... culpae plane reddere rationem, sed ejus, quae dolo proxima est... Sed et si, quum distrahere deberet, non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, hujusmodi rationem reddet... Hasse, die Culpa des Röm. R. S. 272—275. Vergl. Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 6. „— 10mo... haftet der Fiduciarius für allen Schaden, welcher Dolo vel culpa lata, oder dafern er mittels der Trebellianica oder sonst einigen Nutzen von der Erbschaft hat, sogar Culpa levi von ihm verursacht worden ist —."

Rechts, nunmehr Erbe geworden ist.[1]) Diese Anschauung ist allerdings ganz unrömisch,[2]) aber eigentlich nur der Ausspruch dessen, was sich schon nach römischem Recht als praktische Folge einer fideicommissarischen Anordnung ergibt.[3])

---

[1]) Siehe Bd. I S. 397.

[2]) Nach römischem Recht vermittelte sich der Erwerb der fideicommissaria hereditas auf obligatorischem Wege durch die Restitution Seitens des Fiduciars, wobei das Gesetz gegen den contumax durch Fiktionen zu Hülfe kam. Donell., com. de jure civ. Lib. VII cap. XX § 1: — Fideicommissa hereditas tunc acquiritur, cum ita delata, ut ostendimus, recte deinde, et ut oportet, est suscepta. § 2. Recte suscepta intelligitur, cum restituta ab herede, recepta est a fideicommissario: ut constet haec susceptio utriusque opera et facto, heredis quidem restitutione, fideicommissarii autem acceptione mutua (l. 37 pr. D. ad S. C. Treb. § 3 J. de fid. her.). § 3 Semper restitutio heredis prior: quippe quo non restituente nihil sit, quod fideicommissarius recipiat... Codex Fabrianus Lib. VI tit. 27 def. 3: Fideicommissarius universalis, id est, cui hereditas tota, vel particularis, cui pro parte restituenda est, non prius de fideicommisso agere potest adversus tertios possessores, quam ei facta sit restitutio aut re, aut verbo per eum, qui fideicommisso gravatus est, ejusve heredem. Nec sequimur eorum sententiam, qui ex nescio qua aequitate canonica fideicommissum purum aut purificatum habent pro restituto. Sane interveniente sententia, per quam pronunciatum sit fideicommissum deberi, vix est ut alia restitutio necessaria videri possit. Hic enim evenit, quod aliis plerisque casibus, ut in locum ejus facti, quod ab uno ex collitigatoribus alteri praestari oportuit, succedat auctoritas jubentis.

[3]) Es genügt in dieser Hinsicht darauf zu verweisen, daß die dem Fiduciar nach röm. Recht obliegende Restitutionshandlung keineswegs in einem faktischen Ueberliefern und In Besitz Setzen, sondern in einer formlosen Erklärung bestand, die eben deshalb, wenn sie nicht zu erreichen war, sehr füglich als geschehen angenommen werden konnte, so wie daß die auch nach der Restitution dem Fiduciar verbleibende Eigenschaft eines Erben ebenso ein leerer Namen ist, als die nach der Cession bei dem Cedenten zurückbleibende actio directa. Gaj. l. 63 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1): Facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis fiunt ejus, cui restituta est hereditas, etsi nondum earum nactus fuerit possessionem. l. 7 § 1 C. eod. (6, 49): — Sancimus itaque, ut, sive per contumaciam abfuerit is, cui restitutio imposita est, sive morte praeventus nullo relicto successore fuerit, sive a primo fideicommissario in secundum translatio celebrari jussa est: ipso jure utiles actiones transferantur. Cf. Schilter, Exerc. ad P. XL § 34: Quicquid sit foro nostro ista subtilitas juris civilis, quod qui semel heres est, semper heres permanere debeat, convenire haud videtur: et iniquum est, eum, qui restituit et dominium et possessionem, adhuc sub praetextu retenti directi dominii, h. e. in mero nomine et fictione, non in rei veritate consistentis, vexari posse actionibus hereditariis.

Nach diesem Gesichtspunkte kann es auch nicht auffallen, daß sämmtliche ältere deutsche Partikularrechte an dem römischen Rechte festhalten.[1])

Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch stimmt hier mit dem unsrigen überein,[2]) aber auch darin, daß es den oben aufgestellten Rechtssatz nicht mit klaren Worten ausspricht.

Auch das Französische Recht folgt diesen Grundsätzen in den Ausnahmefällen, in denen es die fideicommissarische Substitution für zulässig erachtet.[3])

---

[1]) Noch das Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) bestimmt Th. III Kap. 9 § 7: „1mo Kann der Fideicommissarius die Erbschaft nicht selbst eigenmächtiger Weise an sich ziehen, sondern muß Restitutionem von dem Fiduciarius erwarten, ausgenommen, wenn dieser abwesend oder todt und zugleich Possessio vacua ist. Will oder kann 2do Fiduciarius die Erbschaft entweder nicht antreten, oder die angetretene nicht restituiren, so mag ihn Fideicommissarius obrigkeitlich dazu anhalten lassen. Mittels der Restitution erlangt 3tio der Fideicommissarius alle Jura et Actiones Haereditarias active et passive . . ."

Auch das Sächs. bürg. G.-B. § 2518 bestimmt: „Von der Zeit der Herausgabe an tritt der Anwärter an die Stelle des Erben . . ." Siebenhaar bemerkt jedoch in seinen Com. dazu: Der Erbanwärter tritt, von der Zeit an, wo ihm die Erbschaft herauszugeben ist, an die Stelle des Erben, ohne daß es einer thatsächlichen Herausgabe von Seiten des Letzteren bedarf.

[2]) Unger § 48 S. 215 f.: Der Anwärter, welcher das ihm angebotene Erbrecht erworben hat, ist vom Eintritt des bestimmten Zeitpunktes an ohne weiteres Erbe und kann als solcher von dem Fiduciar, der hiermit von selbst seine Erbenqualität ganz oder zum Theil verloren hat, die Herausgabe der Erbschaft ganz oder zum Theil fordern. (Nach österr. Recht ist wie nach preuß. Recht der Anwärter sobald dies fideicommissi venit von selbst (ipso jure) wirklicher Erbe und kann in Folge seiner Erbenqualität Herausgabe der Erbschaft verlangen) . . . Der Nacherbe steht als mittelbarer Gesammtnachfolger des Erblassers vom Zeitpunkt der Wirksamkeit seines Erbrechts an im Mittelpunkt des Vermögenskreises des Erblassers, allein oder mit dem Vorerben, je nachdem sich das Fideicommiß auf die ganze Erbschaft oder nur einen Theil derselben erstreckt. Es gehen daher die in der Erbschaft enthaltenen Rechte und Verbindlichkeiten ganz oder zum Theil unmittelbar auf ihn über; er ist sofort ganz oder zum Theil Eigenthümer der Erbschaftssachen; er kann die einzelnen erbschaftlichen Rechte sowie sein Erbrecht mittelst Klage geltend machen, andererseits aber auch verhältnißmäßig von den Erbschaftsgläubigern belangt werden.

[3]) Code civ. art. 1053. „Les droits des appelés seront ouverts à l'époque où, par quelque cause que ce soit, la jouissance de l'enfant, du frère ou de la soeur, grevés de restitution, cessera . . ." Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 696 S. 318 f.

277. Ueber den Zeitpunkt der Restitution ist bereits B. I S. 401 das Nöthige bemerkt.[1])

Eine andere Frage ist, ob eine vom Fiduciar vor dem vom Testator festgesetzten Zeitpunkte erfolgte Restitution rechtliche Wirkung hat. Diese Frage wird unbedenklich in den Fällen zu verneinen sein, wo die Person des Fideicommissars sich erst in dem gedachten Zeitpunkte bestimmen läßt, also vorher Derjenige, dem das Fideicommiß zugedacht ist, noch gar nicht feststeht,[2]) desgleichen, wenn das Fideicommiß unter einer besonderen Bedingung angeordnet ist. Abgesehen von derartigen Fällen kann es allerdings nach den Grundsätzen des römischen Rechts kein Bedenken haben, daß der Fiduciar sich der ihm auferlegten Restitutionspflicht zum Besten des damit einverstandenen Fideicommissars noch vor der bestimmten Zeit entledige, daß also das zwischen Beiden bestehende obligatorische Verhältniß schon früher zur Auflösung gelange.[3]) Anders stellt sich aber die Sache, wenn, wie nach unserem Recht, die fideicommissarische Substitution als eine wirkliche Erbeinsetzung aufzufassen ist, die sich, ganz unabhängig von der Restitution, schon von selbst mit dem vom Erblasser bestimmten Zeitpunkte, aber auch **erst mit diesem Zeitpunkte** verwirklicht, so daß das fideicommissarische Erbrecht niemals **früher** in's Leben treten kann, **als der Testator es gewollt.**[4]) Freilich steht nichts entgegen, daß der Vorerbe sich

---

[1]) Fälle, in denen es sich hierbei um die Auslegung des letzten Willens handelt, entscheiden l. 36 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 62 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1), l. 26 § 1 D. quando dies leg. (36, 2).

[2]) **Scaevola** l. 41 § 12 D. de leg. 3: Sejum maritum scripsit heredem, eique substituit Appiam alumnam, fideique heredis commisit, ut post mortem suam hereditatem eidem alumnae restitueret, aut, si quid ante contigisset alumnae, tunc Valeriano, fratris filio, restitueret eandem hereditatem; quaesitum est, si Sejus vivus, quidquid ad eum ex hereditate pervenisset, alumnae restituisset, an secundum voluntatem defunctae id fecisse videretur, praesertim quum haec eidem substituta esset. Respondit: si vivo Sejo Appia decessisset, non esse liberatum a fideicommisso Valeriano relicto. **Papin.** l. 77 § 10 D. de leg. 2: A filia pater petierat, ut cui vellet ex liberis suis, praedia, quum moreretur, restitueret, uni ex liberis praedia fideicommissi viva donavit; non esse electionem propter incertum diem fideicommissi certae donationis videbatur; nam in eum destinatio dirigi potest, qui fideicommissum inter ceteros habiturus est, remota matris electione.

[3]) l. 12 C. de fideic. (6, 42): Post mortem suam rogatum restituere hereditatem, defuncti judicio, et antequam fati munus impleat, posse satisfacere, id est restituere hereditatem — explorati juris est.

[4]) Eine Andeutung dieses Gesichtspunktes findet sich in **Gajus** l. 10 D. ad

seines noch bestehenden Rechts zum Vortheile des Nacherben entäußere, wie er es ja auch unbedenklich jedem Dritten übertragen kann; allein in diesem Falle nimmt der Fideicommissar bis zu dem Momente, wo die Erbschaft nach dem Willen des Erblassers ihm zufällt, nur die rechtliche Stellung des Käufers einer fremden Erbschaft ein, so daß die Erbschaftsgläubiger und Legatare nach wie vor den Fiduciar vermöge der noch fortdauernden Erbeseigenschaft desselben in Anspruch nehmen dürfen.[1])

278. Der Gegenstand der Restitution bestimmt sich nach dem Umfange der fideicommissarischen Substitution,[2]) unter Berücksichtigung der bereits oben angedeuteten Verwaltungsbefugnisse des Fiduciars.[3]) Was

---

S. C. Treb. (36, 1): Sed et si ante diem vel aute conditionem restituta sit hereditas, non transferuntur actiones, quia non ita restituitur hereditas, ut testator rogavit. Plane posteaquam extiterit conditio, vel dies venerit, si ratam habeat restitutionem hereditatis, benignius est intelligi, tunc translatas videri actiones.

[1]) Vergl. Code civ. art. 1053. „— l'abandon anticipé de la jouissance au profit des appelés, ne pourra préjudicier aux créanciers du grevé anterieurs à l'abandon."

[2]) Soweit die Substitution reicht, hat der Fiduciar das Erworbene „ohne den geringsten Abzug" herauszugeben. Hiermit ist der Abzug der s. g. Trebellianischen Quart abgeschafft, womit auch die neueren Gesetzgebungen übereinstimmen, während die älteren deutschen Partikularrechte das römische Recht beibehalten haben. Z. B. Württemb. Landrecht von 1610 Th. III Tit. 13 § 2. Churf. Pfaltz bey Rhein erneuertes Landrecht von 1610 Th. III Tit. 25 § 2, Land-Recht der Markgrafsch. Baaden &c. von 1710 Th. V Tit. 13 § 1. Kayserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogthums zu Francken Th. III Tit. 47 § 3. Baier. L.-R. Th. III Kap. 9 §§ 8 f.

Die Frage: worauf die Substitution sich erstrecke, kann übrigens nach der Fassung der fideicommissarischen Anordnung zweifelhaft sein. So z. B. wenn A mit der Verpflichtung zum Erben eingesetzt ist, falls sein Bruder B Kinder hinterläßt, mit diesen „die Erbschaft zu theilen" und B demnächst mit Hinterlassung mehrerer Kinder stirbt. Vergl. Ulp. l. 164 § 1 D. de V. S.: Partitionis nomen non semper dimidiam significat, sed prout est adjectum: potest enim juberi aliquis et maximam partiri; posse et vicesimam, et tertiam, et prout libuerit: sed si non fuerit portio adjecta dimidia pars debetur.

[3]) Hat dieser daher in zulässiger Weise Veräußerungen vorgenommen, so tritt der Erlös an die Stelle der Sache. Vergl. Codex Fabrianus Lib. III tit. 22 def. 5. Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 176. „Ein von dem Beschwerten mit dem Vermögen des Erblassers erworbenes Vermögensstück, oder der Erlös für ein veräußertes Vermögensstück des Erblassers, soweit er noch vorhanden ist, wird als Theil des vom Erlasser herkommenden Ver-

Letzterer vermöge seines Nutzungsrechtes erworben hat, ist der Restitution nicht unterworfen.[1]) Dazu gehören aber nicht die bei dem ersten Erbanfalle bereits abgesonderten, in der Erbschaft befindlichen Früchte und Nutzungen,[2]) da diese einen Zuwachs der Erbschaft selbst bilden,[3]) wohl aber die noch vor dem Tode des Erblassers fällig gewordenen Zinsen der Erbschaftsforderungen, indem sie unter die in der Note 2 angeführte Vorschrift nicht fallen.[4])

Ob der Fiduciar auch die Prälegate herauszugeben hat,[5]) entscheidet sich darnach, ob die fideicommissarische Anordnung den Willen des Testators entnehmen läßt, daß der Fiduciar alles aus der Erbschaft

---

mögens angesehen." Die von ihm verbrauchten fungibeln Sachen (wohin auch die verwendeten Gelder gehören) hat er in genere zu restituiren. Ludolff, Obs. for. P. III obs. 297 nr. II: — Fungibiles res pereunt fiduciario, atque ad restitutionem fideicommissi in eodem genere pertinent. Nactus enim est fiduciarius harum rerum dominium, perinde ut debitor, qui pecuniam mutuam acceperit. Nisi diceres, pecuniam hereditariam semper relinquendam esse otiosam et sollicite custodiendam, aliasque res fungibiles in eadem specie servandas, quod a ratione est alienum. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. 6 nr. 2. Pecunia inventa in hereditate et redacta ex nominibus debet restitui fideicommissario.

[1]) Papin. l. 57 pr. D. ad S. C. Treb. (36, 1): „Heredes mei, quidquid ad eos ex hereditate bonisve meis pervenerit, id omne post mortem suam restituant patriae meae, coloniae Beneventanorum." Nihil de fructibus pendente conditione perceptis petitum videri constitit. l. 83 pr. D. de leg. 3. — In Betreff der von dem Fiduciar erworbenen accessorischen commoda vergl. überhaupt Mommsen, Erört. aus dem Obligationenrecht Heft I S. 38. Hierbei sei nur noch erwähnt, daß die dem Fiduciar zufallende Hälfte eines auf einem Nachlaßgrundstücke gefundenen Schatzes ihm verbleibt, da hier von einer eigentlichen Accession nicht die Rede sein kann. Unger § 48 Note 4.

[2]) Vergl. § 29 Tit. 21 Th. I Allg. Land-Recht.

[3]) Das röm. Recht enthält den weitergehenden Grundsatz: fructus ante aditam hereditatem in restitutionem veniunt. l. 27 § 1 i. f. D. ad S. C. Treb. (36, 1). So auch das Baier. L.-R. Th. III Kap. 9 § 6 Nr. 5 so wie das Sächs. bürg. G.-B. § 2510.

[4]) Auch hier weicht das röm. Recht ab. Papin. l. 58 § 2 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Qui post tempus hereditatem restituere rogatur, usuras a debitoribus hereditariis perceptas, quarum dies post mortem creditoris cessit, restituere non cogitur...

[5]) Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. VII. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 194, 195. Donell, com. de jure civ. Lib. VII cap. 25 § 13. Voet, com. ad P. 36, 1 nr. 37. Buchholtz, die Lehre von den Prälegaten S. 474.

Erhaltene („quidquid ex hereditate ad eum pervenerit")[1]) oder nur das „vermöge der Erbeinsetzung" Erhaltene restituiren solle.[2]) Im letzteren Falle hat der Fideicommissar auf die Prälegate keinen Anspruch,[3]) und dieser Fall wird allemal anzunehmen sein, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Testators klar erhellt.[4])

Ob auch das vom Fiduciar vermöge des Anwachsungsrechts Erworbene der Restitution unterliegt, ist nach gemeinem Recht sehr streitig.[5])

---

[1]) l. 16 C. de fideic. (6, 42), l. 40 § 1 D. de leg. 3, l. 78 § 13 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

[2]) Struv, synt. jur. civ. Exerc. 36 th. 21: — Quaeritur autem: an praelegata et praeceptiones ... veniant in restitutionem fideicommissi? Quae quaestio est voluntatis, et ex verbis et circumstantiis aliis mens defuncti colligenda. Si quis rogatus fuerit ut „quicquid ex hereditate ad eum pervenerit," ... restituat et illa comprehenduntur. Sin vero „portionem hereditariam" rogatus sit restituere, ista non continentur. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 9 § 6 Nr. 1: — gleich wie hiernächst die praelegata unter dem titulo haereditario nicht begriffen seynd, so restituirt auch Fiduciarius dasjenige, was ihm praelegirt ist, Fideicommissario regulariter nicht, es erscheine dann ein anderer Will des Fideicommittentis entweder ex conjecturis, oder aus den Worten selbst, wann solche so general seynd, daß sie das Praelegat in sensu proprio begreiffen mögen, z. E. „Er soll alles, was er empfangt, restituiren."

[3]) sowenig wie der Erbschaftskäufer § 460 Tit. 11 Th. I A. L.-R.

[4]) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2512, 2513.

[5]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. VI nr. 7. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 193. Donell., com de jure civ. Lib. VII cap. 26 §§ 2—4. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 351—360. Jhering, Abhandl. aus dem röm. R. S. 9 ff. Mommsen, Erört. aus dem Obligationenrecht Heft 1 S. 71 f. Letzterer spricht, nach Prüfung der verschiedenen Meinungen, seine Ansicht dahin aus: Der Fiduciar hat die accrescirende Portion nur dann herauszugeben, wenn ein darauf gerichteter Wille des Erblassers ersichtlich ist, wenn also die fideicommissarische Auflage schon ihrem ursprünglichen Inhalte nach eventuell auch auf diesen Theil gerichtet ist, sei dies nun mit ausdrücklichen Worten oder stillschweigend. Das Letztere wird aber, wie ich Marezoll zugeben muß, sehr oft der Fall sein. So namentlich bei der Intestaterbfolge. Wenn der Erblasser einem Intestaterben aufgiebt, seinen ganzen Intestaterbtheil an einen Anderen herauszugeben, so wird im Zweifel seine Absicht nicht blos auf den Theil gerichtet sein, der diesem Intestaterben deferirt würde, wenn der Erblasser jetzt sogleich stürbe, sondern auf die ganze Portion, die er demnächst bekommt. Ebenso wird, wenn der Erblasser dem Intestaterben aufgiebt, die Hälfte seiner Portion an einen Anderen herauszugeben, die Absicht des Erblassers in der Regel dahin gehen, daß beide demnächst gleich viel bekommen sollen. Bei der testamentarischen Erbfolge wird eine derartige Absicht des Erblassers nicht so oft ersichtlich sein. Wie dem aber auch sei, jedenfalls muß man daran festhalten, daß der Fidei-

Nach unserem Recht ist die Frage unbedenklich zu bejahen, theils nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 467, daß der Fiduciar alles „vermöge der Erbeinsetzung" Erhaltene herauszugeben hat, theils nach der analogen, für den Erbschaftskauf gegebenen Vorschrift des § 458 Tit. 11.[1]) Dieser Ansicht folgen auch ältere wie neuere Partikulargesetze.[2])

Ebensowenig kann es einem Zweifel unterliegen, daß die in Gemäßheit des § 366 d. T. „an die Erbschaftsmasse zurückfallenden Vermächtnisse" oder — richtiger gesprochen — das in Folge des Ausfalles eines Vermächtnisses in der Erbschaft Verbliebene dem Fideicommissar zukommt.[3])

279. Mit dem Eintritte des Substitutionsfalles gehen, soweit die Substitution reicht, mit den erbschaftlichen Rechten auch alle mit der Erbschaft verknüpften Verbindlichkeiten (also Schulden und Lasten) von selbst auf den Fideicommissar als nunmehrigen Alleinerben oder Miterben über. Erstreckt sich daher die fideicommissarische Anordnung auf die ganze Erbschaft oder doch den ganzen Erbtheil des Fiduciars, so ist dieser, der nunmehr aufgehört hat, Erbe zu sein, eben damit, den Erbschaftsgläubigern und Legatarien gegenüber, aus allem obligatorischen Verbande herausgetreten. Diese haben sich daher jetzt nur an den Fideicommissar als den alleinigen Herrn und Träger der Erbschaft zu halten,[4]) nicht an den Fiduciar, selbst nicht bis auf den Werth der von

---

commissar die accrescirende Portion niemals als ein bloßes commodum in Anspruch nehmen kann, und daß es überhaupt eine quaestio facti ist, ob im einzelnen Fall ihm ein Recht auf Herausgabe der accrescirenden Portion eingeräumt werden kann.

[1]) Siehe B. I S. 258 f.

[2]) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 6. „1mo Ist der Fiduciarius schuldig, dem Fideicommissarius die anvertraute Erbschaft sammt allem, was Jure accrescendi oder sonst dazu gehört, und ihm zuhanden gekommen ist, zu restituiren —" Sächs. bürg. G.-B. § 2511. „Hat der Erbe seinen Erbtheil herauszugeben, so ist darunter auch Das, was er vermöge Anwachsungsrechtes erhält, mit begriffen." **Unger** § 48 Note 12.

[3]) **Papin.** l. 51 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Quum heres deductis legatis hereditatem per fideicommissum restituere rogatur: non placet ea legata deduci, quae peti non poterant...

[4]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 7. April 1857: Wenn die Restitution der **ganzen** Erbschaft dem Fiduciar auferlegt und von diesem in der Maße bewirkt worden, daß bei ihm nichts zurückgeblieben, weshalb er als coheres angesehen werden könnte, so sind die Erbschaftsgläubiger nicht berechtigt, ihre Befriedigung bei ihm zu suchen, sondern haben sich lediglich

ihm während seines Erbschaftsbesitzes gezogenen Früchte.[1]) Der Fideicommissar haftet nunmehr auch allein für die durch die Schuld (mora) des Fiduciars erwachsenen Verzugszinsen,[2]) so wie für die während seiner Besitzzeit unbezahlt gebliebenen Zinsen der Erbschaftsschulden,[3]) wobei ihm die Geltendmachung seines Regreßanspruches gegen den Letzteren überlassen bleibt.

Der gedachte vollständige Uebergang der Erbschaftsverbindlichkeiten auf den Fideicommissar tritt auch in dem Falle ein, wenn der Fiduciar die Erbschaft nur gegen Zahlung einer gewissen Summe oder mit Ausschluß einer gewissen Nachlaßsache herauszugeben hat.[4]) Denn der Letztere nimmt alsdann in Betreff jener Summe oder Sache die bloße Stellung eines Legatars ein und ist daher nur den Beschränkungen eines solchen unterworfen.[5])

In Ansehung der zwischen dem Fiduciar und dem Erblasser bestehenden Schuldverhältnisse kommt mit Eintritt des Substitutionsfalles der im § 481 Tit. 16 Th. I des Allg. Landrechts ausgesprochene Rechtssatz zur Geltung:

„Wenn die Vereinigung durch Erbgangsrecht erfolgt ist, und die

---

an den Fideicommißarerben zu halten. (Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. für Sachsen N. F. XVI S. 513.) Sächs. bürg. G.-B. § 2521. „Nach der Herausgabe der Erbschaft an den Anwärter können die Erbschaftsgläubiger und Vermächtnißnehmer ihre Befriedigung nur von dem Anwärter fordern —."

[1]) Anders freilich nach röm. Recht; vergl. l. 13 § 7 D. de her. pet. (5, 3). Auch das Sächs. bürg. G.-B. bestimmt § 2521: „— Der Erbe (Fiduciar) haftet jedoch mit den gezogenen Früchten für Ansprüche an die Erbschaft, zu deren Berichtigung die an den Anwärter herausgegebene Erbschaft nicht hinreicht."

[2]) Cod. Fabrianus Lib. VI tit. 27 def. 10. Mora heredis nocet fideicommissario, quantum ad usuras et fructus legatorum pertinentium ad onus fideicommissarii. (Mittheilung eines vom Gerichtshofe Savoyen's im Februar 1593 entschiedenen Rechtsfalles.)

[3]) Papin. l. 58 § 2 D. ad S. C. Treb. (36, 1): — Ac similiter hereditario creditori, si medii temporis non solvantur usurae, fideicommissarium in his quoque Trebellianum tenebit; nec ideo querelae locus erit, quod de fructibus heres, quos jure suo percipiebat, foenus non solverit...

[4]) Vergl. § 9 J. de fideic. her. (2, 23), l. 13 § 6 D. de her. pet. (5, 3), l. 30 § 3 D. ad S. C. Treb. (36, 1).

[5]) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 6. „— Ist ihm aber 12mo für die Trebellianicam nur eine gewisse Sache vermacht worden, so wird er in Ansehung deren auch nur pro Legatario geachtet, und haftet mithin um die Schulden andergestalt nicht, als in Subsidium, wie jeder andere Legatarius..."

Erbschaft einem nachgesetzten Erben herausgegeben werden muß: so gelangen die Rechte und Verbindlichkeiten des ersten Erben gegen die Masse wieder zu Kräften." [1])

280. In Betreff der Rechtswohlthat des Inventars ist soviel gewiß, daß dieselbe, wenn sie vom Fiduciar gehörig gewahrt worden, auch dem Fideicommissar zu statten kommt, da Letzterer, den Erbschafts-Gläubigern gegenüber, in das ganze, durch Einreichung des Inventars dauernd gestaltete Rechtsverhältniß des Vorerben eintritt.[2]) — Ebensowenig kann es aber nach unserem Recht einem Zweifel unterliegen, daß im entgegengesetzten Falle der Fideicommissar durch die nach Eintritt des Substitutionsfalles seinerseits gehörig erfolgte Einreichung des Inventars sich die Rechte eines Benefizialerben verschaffen kann,[3]) da in jenem Momente sein eventuelles Erbrecht in's Leben tritt, er also nunmehr alle Rechte eines Erben überkommt.

---

[1]) Dies gilt auch nach gem. Recht. l. 27 § 11, l. 59 pr., l. 80 D. ad S. C. Treb. (36, 1). Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. 8 nr. 15. Consil. Tubing. Vol. IV cons. 59. Pufendorf, Obs. jur. univ. II nr. 89. Vergl. auch Sächs. bürg. G.-B. § 2520. Der Fiduciar als Erbschaftsschuldner hat daher die vor dem Tode des Erblassers verfallenen Zinsen, als zur Substanz der von ihm herauszugebenden Erbschaft gehörig, dem Substituten zu entrichten. Umgekehrt, wenn dem Fiduciar eine verzinsliche Erbschaftsforderung zusteht, kommen die vor dem Tode des Erblassers verfallenen Zinsen von der Erbschaftssubstanz in Abzug.

[2]) Dies wird auch nach gemeinem Rechte angenommen. Voet, com. ad P. 28, 8 nr. 26. Mühlenbruch, Fortsetzung des Glück'schen Commentars B. 41 S. 432 f. Von älteren Rechtslehrern wird jedoch eine besondere Cession Seitens des Fiduciars für nöthig erachtet. Cod. Fabrianns Lib. VI tit. 11 def. 24: — Sed an inventarium jam ab herede fortassis confectum prodesse fideicommissario poterit, ut supra vires hereditatis non teneatur? Et verius est non prodesse, si non hoc quoque jus et beneficium inventarii nominatim cessum in eumque translatum sit, quod utique per heredem fieri, si velit, potest. Ita Senat. Sabaudiae M. April a. 1595.

Vergl. Vinii com. in § 5 J. 2, 19 nr. 6.

[3]) Bornemann, VI S. 105. — Nach gemeinem Recht will Mühlenbruch a. a. O. dem Fideicommissar, da er nicht wirklicher Erbe ist, ein solches Recht nicht zugestehen. Doch hat er die Praxis gegen sich. Codex Fabrianus l. c.: Fideicommissarius universalis aut particularis, id est, cui pars hereditatis restituenda est, cum heredis loco sit, perinde ac heres ipse inventarium conficere potest et debet, alioquin tam legatariis et fideicommissariis singularibus, quam creditoribus satisfacere in solidum compellitur. cf. Vinnius l. c.

281. Als Denjenigen, dem mit Eintritt des Substitutionsfalles die Erbschaft herauszugeben ist, bezeichnet der § 467 den Substituten „oder dessen Erben." Mit den letzteren Worten ist auf das Transmissionsrecht hingedeutet.[1])

Die in Betreff einer Erbschaft oder eines Theiles derselben angeordnete fideicommissarische Substitution[2]) gibt dem Substituten mit dem Tode des Erblassers — ein Zeitpunkt, den er natürlich erleben muß, wenn überhaupt von einem erworbenen Rechte desselben die Rede sein soll[3]) — ein eventuelles Erbrecht, also ein Recht, das sich erst in Zukunft verwirklichen kann, es mag nun diese Verwirklichung von dem

[1]) Ein Erkenntniß des Appell.-Ger. zu Hamm vom 7. Mai 1857 (in Sachen Winkhaus wider Berg W. 497) sagt hierüber: Die Frage:

ob der fideicommissarische Substitut den ihm zugedachten Anspruch mit dem Tode des Erblassers erwirbt und demgemäß auch, sofern er nur diesen Zeitpunkt erlebt, auf seine Erben weiter versendet,

muß bejaht werden. Die entscheidende Bestimmung enthält der § 467 I. 12 A. L.-R. in den Worten: „oder dessen Erben." Es läßt sich allerdings mit einigem Schein behaupten, die Erwähnung der Erben des Substituten sei nur in Berücksichtigung des Falles geschehen, daß der Substitut nach Eintritt des Substitutionsfalles und vor der wirklichen Herausgabe der Erbschaft oder des Legats verstorben ist. Erwägt man aber, daß in diesem Falle der Anspruch der Erben des Substituten auf Herausgabe sich ganz von selbst versteht und die Erwähnung der Erben des Substituten somit überflüßig sein würde, daß ferner eine fideicommissarische Substitution als eine Berufung unter einer gewissen oder ungewissen Zeitbestimmung zu betrachten ist und daß nach § 485, 486 a. a. O. auch Derjenige, welchem eine Erbschaft oder ein Legat unter einer aufschiebenden Bedingung oder nur von einem gewissen Tage an beschieden ist, den ihm in dieser Weise gewährten Anspruch auch ehe die Bedingung eingetreten oder der Tag herangekommen ist, auf seine Erben vererbt, so muß man der Auslegung des § 467 den Vorzug geben, nach welcher die Erben des Substituten erwähnt worden sind, um auszudrücken, daß auch auf sie vor dem Eintritte des Substitutionsfalles die Rechte aus der fideicommissarischen Substitution übergehen.

[2]) Den Fall eines fideicommissarisch angeordneten Vermächtnisses behandelt insbesondere H. G. Geyert, die Lehre von den Vermächtnissen nach dem Allg. Preuß. Landrecht. Neue Auflage. 1836, S. 261 f.

[3]) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 7. „— 6to Stirbt Fideicommissarius vor dem Fideicommittenten, so transmittirt jener das Fideicommiß auf seine Erben niemal —." v. Kreittmayr bemerkt dazu: Stirbt Fideicommissarius noch vor Fideicommittente, so kommt die Fideicommiss-Erbschaft ex principio, quod haereditas nondum delata non transmittatur, nicht auf die haeredes Fideicommissarii, sondern auf jene, welche ihm etwan in der Fideicommiss-Verordnung weiter substituirt seynd, oder falls er keinen Substituten hat, so bleibt sie haeredi Fiduciario in Handen.

Eintritte eines bestimmten Zeitmomentes oder einer Bedingung abhängen und somit entweder mit Sicherheit zu erwarten oder nur zu hoffen sein. In dem einen wie in dem andern Falle ist nach den Grundsätzen unseres Landrechts ein vererbliches Recht anzunehmen.[1])

Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Berlin vom 27. Februar 1854 (in Sachen Ludw. Schmieding wider Fr. Meyer S. 882)[2]): Der Appellationsrichter geht nach seiner Ausführung von der Voraussetzung aus, daß die drei vor dem Fr. Mundt verstorbenen Kinder des Pastors Spitzbarth von den Eheleuten Mundt in ihrem Testamente unter der Bedingung dem Fr. Mundt fideicommissarisch substituirt worden, daß dieser unverheirathet und kinderlos sterbe. Er stützt seine Entscheidung lediglich darauf, daß, weil diese Kinder den Substitutionsfall nicht erlebt hätten, auch keine Transmission des ihnen bedingt zugedachten Rechts habe stattfinden können. Diese Ansicht ist nach den Bestimmungen des A. L. R. über die Transmission der Erbrechte nicht als richtig anzusehen. In den §§ 101. 102 Tit. 4 Th. I ist nichts darüber bestimmt, ob der bedingt Berechtigte die Aussicht auf den Erwerb und die Ausübung des Rechts auf seine Erben transmittiren könne. Ebensowenig kann eine Entscheidung hierüber in dem § 369 Tit. 9 gefunden werden, welcher verordnet, daß der unter einer aufschiebenden Bedingung als Erbe Eingesetzte „nur seit der Zeit der Erfüllung dieser Bedingung Eigenthümer der Erbschaft wird." Dagegen ist der entscheidende Grundsatz in dem § 485 Tit. 12, in Verbindung mit den §§ 161, 162 Tit. 4 ausgesprochen. Insofern in den Gesetzen keine besondere Ausnahme gemacht worden ist, liegt es in dem Begriffe der Erbschaft, daß alle nicht der Person anklebenden hinterlassenen Sachen, Rechte und Pflichten des Erblassers, und eben deshalb auch seine bedingten, nicht an die Person geknüpften Rechte auf den Erben übergehen (§§ 350 f. Tit. 9. Einl. §§ 102, 103). Diese Regel muß nach dem Ausspruch des § 485 Tit. 12 auch bei den bedingungsweise eingesetzten Erben und Legatarien gelten. Dieselbe ist nun zwar im § 161 Tit. 4 nicht klar ausgedrückt, weil hiernach die Erben in Ansehung der Befugniß, die Bedingung oder den Zweck zu erfüllen, in die Rechte des Erblassers treten sollen. Allein die Regel um deswillen auf Potestativbedingungen zu beschränken, erscheint deshalb unstatthaft, weil jene Regel sich aus der Universalität des Erbfolgerechts von selbst ergibt, der § 161 aber die rein zufälligen Bedingungen, was doch erforderlich gewesen wäre, nicht ausdrücklich ausschließt. Eine solche Beschränkung der Regel darf in dem § 161 um so weniger gefunden werden, als man sonst mit Rücksicht darauf, daß im § 266 Tit. 5 auf die Vorschriften über Bedingungen Tit. 4 §§ 99 f. zurückgewiesen wird, folgerecht auch bei bedingten vertragsmäßigen Rechten nach jenem § 161 Tit. 4 den Uebergang auf die Erben des bedingt Berech-.

---

[1]) Vergl. Nettelbladt, syst. univ. jurispr. nat. Edit. V (Hal. 1785) § 750: Jus succedendi fideicommissarium ipsum est quidem ab eo tempore, quo moritur fideicommitteus, jus praesens: ast dominium fideicommissi, sive fideicommissum sit universale, sive particulare, non nisi jus futurum, ast tamen radicatum est, usquedum casus restitutionis fideicommissi existit.

[2]) abgedruckt in den Entscheidungen B. 27 S. 340 f.

tigten in Betreff der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Rechte für ausgeschlossen erachten müßte, was doch offenbar unzuläßig erscheint. Das Allegat der §§ 161, 162 Tit. 4 im § 485 Tit. 12, welches wohl mehr wegen der im § 162 näher ausgedrückten Ausnahme der an die Person des Berechtigten geknüpften Bedingungen hinzugefügt worden ist, kann hiernach dem Uebergang der an eine rein zufällige Bedingung geknüpften Erbrechte oder Legate auf die Erben des Bedachten nicht entgegenstehen. Mit dieser Ansicht stimmen auch die Materialien des A. L. R. überein . . .[1])

Diese Grundsätze weichen allerdings vom gemeinen Recht erheblich ab,[2]) namentlich darin, daß letzteres die fideicommissaria hereditas von dem Gesichtspunkte eines Universalvermächtnisses auffassend, den Zeitpunkt quando dies legati cedit über ihre Vererblichkeit entscheiden ließ und somit die Regel zur Anwendung brachte, wonach bedingte Vermächtnisse nur dann, wenn der Bedachte den Eintritt der Bedingung erlebt hat, auf seine Erben übergehen. Gerade diesen Grundsatz aber hat unser Landrecht in Ansehung aller bedingten Rechte allgemein aufgegeben und damit auch für die an eine Bedingung — nicht bloß, wie in ihrer Natur liegt, an einen Zeitmoment — geknüpfte fideicommissarische Substitution die Vererblichkeit als Regel ausgesprochen.[3])

---

[1]) Vergl. das Präjudiz desselben Gerichtshofes vom 6. August 1838 Nr. 502. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. IV S. 126 f.) und vom 1. Oktober 1851 (Striethorst, Archiv B. 4 S. 35 f.), sowie das im Centralbl. 1837 Sp. 153 f. mitgetheilte Erkenntniß des O.-L.-G. zu Breslau vom 7. Januar 1827, desgl. den von Dr. Franz Hinschius in der Preuß. Anwalts-Zeit. 1865 Sp. 641 f. besprochenen Rechtsfall.

[2]) Vergl. Averanius, Interpret. jur. Tom. II lib. IV cap. 6—8. Leyser, med. ad P. sp. 404 m. 9. Fideicommissum conditionatum liberis fideicommissariorum, si hi ante conditionis eventum moriantur, non debetur. Hommel, Rhaps. III obs. 442. Geiger und Glück, Merkwürd. Rechtsfälle und Abhandl. 1 Nr. 8. Ueber das Transmissionsrecht bei Universal-Fideicommissen, insonderheit wenn der Fideicommissarische Erbe zwar den Erblasser, aber nicht den Fiduciar überlebt hat.

[3]) In den meisten der älteren deutschen Partikularrechte wird dieser Punkt übergangen. Es bestimmt nur das Churf. Maynzische Land-Recht von 1755 Tit. VIII § 11: „Instituirte einer jemand in dem Nießbrauch aller seiner Güter, oder legirte ihm denselben nur, und setzte einen anderen zu seinem Erben nach des Usufructuarii Tod ein, so solle die Vermächtniß gehalten werden, und transferiret der, deme das Eigenthum zugeleget ist, diese Verlassenschaft und das darauf habende Recht auf seine Erben, obschon er vor dem Usufructuario verschieden wäre." Ferner das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 7: „Stirbt Fideicommissarius 7mo nach dem Fideicommittenten, so ist zu unterscheiden, ob er das Fideicommiß mit Worten oder Werken schon einmal agnoscirt hat oder nicht; erstenfalls trans-

282. Eine andere Frage ist, welche Wirkung es hat, wenn der zum fideicommissarischen Erben Ernannte **vor dem Erblasser** stirbt, oder das ihm angefallene eventuelle Erbrecht **ausschlägt**?

Hier macht sich wieder die Auffassung geltend, daß eine mit einer fideicommissarischen Substitution verbundene Erbeseinsetzung eine doppelte, jedoch auf verschiedene Weise bedingte oder betagte Erbeseinsetzung ist. Der Fiduciar (Vorerbe) ist unter einer auflösenden Bedingung oder bis zu einem bestimmten Zeitpunkte, der Fideicommissar (Nacherbe) unter einer aufschiebenden Bedingung oder von einem bestimmten Zeitpunkte an zur Erbschaft gerufen. Hierdurch bestimmt sich das Verhältniß, worin ihre beiderseitigen Erbrechte zu einander stehen. Der Fiduciar hat von Anfang an ein der Zeitdauer nach beschränktes Erbrecht. Tritt der sein Recht auflösende Moment ein, so hat er nach dem Willen des Erblassers aufgehört, Erbe zu sein, gleichviel, ob der berufene Nacherbe an seine Stelle tritt oder nicht. Gelangt die fideicommissarische Substitution in Ansehung des Nacherben nicht zur Wirksamkeit, so kann dadurch das erloschene Recht des Vorerben nicht wieder aufleben. Es ist vielmehr das Testament, so weit die Substitution reicht, destitut geworden und ebendamit die Intestaterbfolge eröffnet. Es ist dies eine nothwendige Folge der Abweichung von dem römisch-rechtlichen Prinzipe, wonach die fideicommissarische Substitution nur eine dem wahren und alleinigen Erben auferlegte, in der obligatorischen Restitutionspflicht bestehende **Last** bildet, die mit dem Fideicommisse selbst nothwendig

---

mittirt er solches ad Haeredes quoscunque, andernfalls aber hat das Jus Transmissionis nur in den Fällen Platz, worin die Erbschaft überhaupt vor wirklicher Antretung transmittirt zu werden pflegt. 8vo Der Tod des Fideicommissarius vor dem Fiduciarius hindert obverstandene Transmission nicht."

In Betreff des Oesterr. Rechts s. **Unger** § 48 Note 2. Das Sächs. bürg. G.-B. berührt diesen Punkt nicht. In den Motiven des Großh. Hessischen Entw. Abth. III zu Art. 171, 172 wird gesagt: Der Anwärter hat, so lange das Recht des Beschwerten noch besteht, nur einen bedingten Anspruch auf das der Restitution unterworfene Vermögen, er muß den Moment erleben, in welchem nach den Bestimmungen des Erblassers der Restitutionsfall eintritt. — Auch die Französ. Jurisprudenz nimmt in Betreff der nach dem Code civ. ausnahmsweise zulässigen fideicom. Substitutionen an: Quand l'appelé ou tous les appelés sont décédés avant le grevé, la substitution est caduque, quand bien même ils laisseraient des descendants, à moins que le donateur n'eût exprimé une volonté contraire. Les Codes annotés de Sirey. Edit. par Gilbert I p. 472 nr. 9.

wegfällt, so daß das Recht des Fiduciars vermöge seiner Natur nunmehr zu einem unbeschränkten wird.[1])

Anders läge freilich der Fall, wenn das Testament den Willen des Erblassers klar erkennen ließe, daß das Erbrecht des Fiduciars in dem bestimmten Momente nur dann erloschen sein solle, wenn der Fideicommissar oder dessen Erben an seine Stelle treten können und wollen, also das angeordnete Fideicommiß zur Wirksamkeit gelangt. Dies ist aber keine sich von selbst verstehende Voraussetzung, da die fideicommissarische Substitution zwar unzweifelhaft macht, daß der Testator die Erben des Fiduciars von der Erbschaft hat ausschließen wollen, nicht aber, daß bei dem Wegfallen des Substituten auch die eigenen Intestaterben ausgeschlossen sein sollten, daß also der Testator in dem Falle, wenn der Fiduciar für seine Lebenszeit zum Erben eingesetzt ist, dessen Erben vor seinen eigenen gesetzlichen Erben habe begünstigen wollen.[2])

---

[1]) Vergl. Gaj. l. 10 § 1 D. de his quae ut indig. (34, 9): Si quis ei, qui capere possit, rogatus fuerit restituere, et is mortis tempore prohibeatur legibus hoc capere, non dubito, quin, etsi deficit fideicommissum, apud eum tamen, qui rogatus est restituere, manere debeat, quia nulla fraus ejus intervenisse videtur, nisi si in futurum casum fidem accommodavit, id est, ut, licet capere legibus prohiberi coeperit, restituat.

Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Rostock vom 13. Septbr. 1849: Wo das Klagerecht des Fideicommiß-Erben gegen den Fiduciar auf Restitution der Erbschaft in Folge der Verjährung erloschen ist, kann man nicht sagen, daß die Erbschaft bez. eine Erbportion im rechtlichen Sinne vacant geworden, indem jenes Erlöschen nur das Wegfallen der Restitutionsverbindlichkeit zur Folge hat und demnach der eingesetzte directe Erbe die Erbschaftsgegenstände nach wie vor behält. (Seuffert, Archiv VII Nr. 337.)

[2]) Das Oesterr. bürg. G.-B. enthält eine hierher gehörige Vorschrift, indem der § 615 bestimmt: „Die gemeine Substitution erlischt, sobald der eingesetzte Erbe die Erbschaft angetreten hat; die fideicommissarische, wenn keiner von den berufenen Nacherben mehr übrig ist; oder wenn der Fall, für den sie errichtet worden, aufhört."

Die hervorgehobenen Worte beziehen sich jedoch auf das s. g. successive Fideicommiß. Es ist damit nur ausgesprochen, daß ein solches beendet sei, wenn die Reihe der vom Erblasser berufenen Nacherben erschöpft ist, daher der Letztberufene über den Nachlaß frei verfügen kann. Vergl. § 645. Unger, § 20 Note 12.

Nach den oben entwickelten Grundsätzen wird auch folgender Fall zu entscheiden sein.

Ein adelsstolzer Herr setzt A, B, C mit der Bestimmung zu Erben ein, daß sobald Einer von ihnen eine Person aus dem Bürgerstande heirathet, derselbe seines Erbtheils verlustig sein und diesen an seine Miterben herausgeben solle. Alle drei treten die Erbschaft an. Späterhin heirathet C ein

§ 468. «Hat der Testator verordnet, daß die fideicommissarische Substitution nur auf das, was bei eintretendem Falle noch vorhanden sein würde, sich erstrecken solle, so kann der eingesetzte Erbe über die mit der Substitution belegte Substanz zwar unter Lebendigen, aber nicht von Todeswegen verfügen.»

§ 469. «Auch unter Lebendigen kann er durch Schenkungen, die auf einer bloßen Freigebigkeit beruhen, das Recht des Substituten nicht vereiteln.»

283. Diese Vorschriften, die auf dem allgemeinen Prinzipe beruhen, daß über den Gegenstand der Restitution allemal der erkennbare Wille des Erblassers entscheidet, dieser Wille also in seiner ganzen Ausdehnung zur Ausführung zu bringen ist, stimmen im Wesentlichen mit dem Pandektenrechte[1]) überein und beseitigen damit die jenen Willen beschränkende Neuerung Justinian's,[2]) worin auch die neueren Gesetzgebungen übereinstimmen.[3])

Bürgermädchen und gibt deshalb seinen Erbtheil dem A und B heraus. Darauf schließt B eine gleiche Heirath und endlich auch A. Sollten wir nun annehmen, A behalte die ganze Erbschaft, weil kein Substitut mehr vorhanden ist, dem er die Erbschaft nach der Bestimmung des Testators herausgeben könnte? Dies würde doch wahrlich der Absicht des Erblassers, der eine Heirath mit einem Bürgermädchen mit dem Verluste des Erbrechts geahndet wissen wollte, geradezu entgegensein. Es bleibt daher nur übrig, da das testamentarisch angeordnete Zuwachsrecht nicht mehr eintreten kann, den letzten Willen als destitut und daher die Intestaterbfolge als eröffnet anzusehen.

[1]) Papin. l. 54 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Titius rogatus est, quod ex hereditate superfuisset, Maevio restituere: Quod medio tempore alienatum, vel deminutum est, ita quandoque peti non poterit, si non intervertendi fideicommissi gratia tale aliquid factum probetur... Id. l. 58 § 8 eod.: Heres ejus, qui bonorum superfluum post mortem suam restituere fuerat rogatus, pignori res hereditarias datas, si non in fraudem id factum sit, liberare non cogitur.

[2]) Nov. 108 cap. 1 u. 2.

In Betreff des gemeinen Rechts ist überhaupt zu verweisen auf: Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. 27 §§ 8 sqq. Hommel, Rhaps. V obs. 649 nr. 5, 14. Pufendorf, Obs. jur. univ. II 87. Hagemann, pract. Erört. V Nr. 50. Seuffert, Archiv V Nr. 208. VIII Nr. 74.

Das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) hat das gemeine Recht beibehalten, indem es Th. III Kap. 9 § 6 bestimmt: „— 13tio Kann der Fiduciarius das Fideicommiß nicht alieniren, drey Fälle ausgenommen... Drittens wenn ihm die Restitution nur soweit auferlegt worden, als nach

Hierbei macht es auch keinen Unterschied, ob die fideicommissarische Anordnung[4]) dahin gefaßt ist, daß die Substitution auf das bei dem Tode des zunächst Berufenen noch Vorhandene beschränkt, oder dahin, daß demselben für seine Lebenszeit die unbeschränkte Verfügung über das ihm zugewendete Vermögen gestattet sein solle.[5])

---

seinem (des Fiduciarius) Tode von der Erbschaft noch übrig ist. Welch letzterenfalls er jedoch 14to das Fideicommiß weiter nicht, als bis auf den vierten Theil, und zwar nur per Actum inter vivos, nicht aber Mortis causa alieniren darf —."

[3]) Sächs. bürg. G.-B. § 2522. „Hat der Erblasser die Anwartschaft auf Das beschränkt, was beim Tode des Erben noch vorhanden sein werde, oder dem Erben sonst die freie Verfügung gestattet, so kann der Erbe Das, was ihm von dem Erblasser hinterlassen worden ist, veräußern, verbrauchen und selbst verschenken; er darf aber darüber nicht auf den Todesfall verfügen." Großh. Hessischer Entwurf Abth. III Art. 173. „Der Erblasser kann in Ansehung des Vermögens, worüber er letztwillig verfügen darf, durch letzten Willen bestimmen, wem das, was der Erbe oder Vermächtnißnehmer von der Erbschaft oder dem Vermächtnisse hinterlassen wird, ganz oder zum Theil zufallen soll." Art. 175. „Der Beschwerte kann im Falle des Art 173 — das, was ihm von dem Erblasser hinterlassen worden ist, veräußern und verbrauchen, auch selbst verschenken, wenn ihm hierin der Erblasser keine Einschränkung ausdrücklich vorgeschrieben hat; er darf jedoch nicht darüber durch letzten Willen verfügen." Das Gleiche gilt auch nach Oesterreichischem Recht, wiewohl es hier an einer ausdrücklichen Bestimmung fehlt. Unger, § 48 Note 14.

[4]) Natürlich muß vor Allem feststehen, daß überhaupt eine solche vorliege. Es ist in dieser Hinsicht auf den in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" IX S. 49 f. mitgetheilten Rechtsfall zu verweisen, wonach in der von kinderlosen Ehegatten in ihrem wechselseitigen Testamente getroffenen Bestimmung: „daß der Ueberlebende den Verstorbenen in allen Stücken beerben solle, dergestalt, daß der Ueberlebende berechtigt sein solle, über den Nachlaß in jeder Beziehung frei zu verfügen oder ihn den Intestaterben zu überlassen" ein zu Gunsten der Letzteren angeordnetes fideicommissum ejus quod supererit nicht gefunden worden ist. — Vergl. auch das in der Jurist. Monatsschrift I S. 676 mitgetheilte Erkenntniß des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 14. Decbr. 1854, worin angenommen ist: Eine letztwillige Verordnung in Gütergemeinschaft lebender Eheleute, worin dieselben, unter Vorbehalt des dem überlebenden Ehegatten zugesicherten lebenslänglichen Nießbrauches und des freien Dispositionsrechtes, ihre Kinder zu alleinigen Erben einsetzen, ist nicht als eine, auf den etwanigen Ueberrest gerichtete fideicommissarische Substitution aufzufassen.

[5]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1851: Es kann nicht angenommen werden, daß durch die ausdrückliche Einräumung freier Dispositionsbefugniß die gegenseitigen Rechte und Pflichten des Fiduciars und der Fideicommißerben verändert und insbesondere dem ersteren eine weitergehende Befugniß zugestanden worden sey, als demselben außerdem nach der rechtlichen Natur des

284. Die Frage:

ob auch bei einer auf den künftigen Ueberrest beschränkten fideicommissarischen Substitution der Fiduciar verpflichtet sei, über den Nachlaß des Testators nach seinen bei dem Tode des Letzteren vorhandenen Bestandtheilen, ein Inventar zu legen,

hat unser höchster Gerichtshof in dem Erkenntnisse vom 20. Juni 1856 verneint. [1])

Mit Recht macht jedoch Scharnweber in seiner Schrift: Der letzte Wille und der Erbvertrag rc. (Potsdam 1861) S. 9 f. auf das Bedenkliche dieser Entscheidung und auf das Gewicht der von dem ersten Richter, dem Stadtgericht zu Berlin, in seinem Urtheile vom 26. April 1855 für die entgegengesetzte Ansicht geltend gemachten

---

fideic. ej. q. sup. hätte eingeräumt werden können. In der Hinterlassung dessen, was bei dem Tode des Fiduciars noch übrig seyn werde, ist für den letzteren die Berechtigung, über den Nachlaß frei verfügen zu können, schon von selbst enthalten; ja das Eigenthümliche einer solchen Willensdisposition besteht eben gerade darin, daß der Belästigte in seiner Verfügung über die Nachlaßgegenstände im Allgemeinen nicht beschränkt ist und nur die Verbindlichkeit auf sich hat, den vierten Theil des Nachlasses dem Fideicommißerben zu erhalten. Ist nun diese Befugniß dem Fiduciar in dem Testamente des Fideicommittenten noch ausdrücklich eingeräumt worden, so kann dieß in seinen Rechten und Verbindlichkeiten keinen Unterschied begründen, da ihm hiedurch nur dasjenige zugestanden worden ist, wozu er in Folge gesetzlicher Bestimmungen von selbst schon für berechtigt angesehen werden muß. (Seuffert, Archiv VIII Nr. 73.) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2522 (s. oben S. 103 Note 3).

[1]) Striethorst, Archiv B. 21 S. 288 f. Die Gründe lauten: Bei einem Fideicommiß auf den Ueberrest kann der Fiduciar mit Rücksicht auf die Bestimmung des § 471 Tit. 12 Th. I A. L.-R's. nicht für verpflichtet erachtet werden, ein Inventarium des Nachlasses des substituirenden Erblassers nach seinen Bestandtheilen beim Tode desselben vorzulegen, da nach dem allegirten Gesetze aus dem Verbote eines Testators, auf Vorlegung eines solchen Inventariums anzutragen, gesetzlich gefolgert werden soll, daß der Substitut nur auf das, was beim Ableben des eingesetzten Erben noch vorhanden sein wird, habe substituirt werden sollen, auch aus der Natur der Sache selbst folgt, wenn dem eingesetzten Erben die freie Verfügung über den Nachlaß gestellt worden und der Substitut sich mit dem zu begnügen hat, was übrig geblieben ist, es auf eine Feststellung des ursprünglich vorhanden Gewesenen nicht ankommen kann; auch das Recht des fideicommissarischen Substituten, etwa vorgenommene reine Schenkungen aufzurufen, als aus dem Acte der Schenkung selbst entspringend, ungeschmälert bleibt und von der Einreichung eines Inventars unabhängig ist.

Gründe aufmerksam.[1]) Es mag hier nur noch darauf hingewiesen werden, daß das vom Fiduciar zu legende Inventar bei der Feststellung

[1]) Es wird hier gesagt: Die dem Substituten beigelegte Befugniß: die Vorlegung eines Inventars verlangen zu dürfen, bezweckt offenbar die Sicherung desselben für den Fall des Eintritts der Substitution und die Verhütung der Verdunkelung der Sachlage bei der künftigen Auseinandersetzung zwischen dem Fiduciarius, beziehungsweise dessen Erben und dem Fideicommissar.

Bei dem gewöhnlichen Fideicommiß ist dies allerdings von der größten Wichtigkeit, weil der Fiduciar dem Fideicommissar gegenüber zu allen Obliegenheiten eines Nießbrauchers verpflichtet und also die Nachlaßmasse zu conserviren verbunden ist, § 467 Tit. 12 Th. I A. L.-R's.

Nun ist aber auch dem Fiduciarius bei einem Fideicommisse des Ueberrestes nicht die völlig freie Disposition über den Nachlaß in allen Stücken eingeräumt, vielmehr darf auch er so wenig von Todeswegen darüber verfügen, als auch unter Lebendigen durch Schenkungen, die auf bloßer Freigebigkeit beruhen, das Recht des Substituten vereiteln, § 468, 469. I. 12. A. L.-R's.

Mit Rücksicht auf etwaige Zuwiderhandlungen des Fiduciarius gegen diese Bestimmungen ist es also gleichfalls von hohem Interesse für den Fideicommissarius, den Zustand der Nachlaßmasse durch Offenlegung des Inventars kennen zu lernen und deshalb erscheint auch der Substitut beim Fideicommiß des Ueberrestes berechtigt, die Vorlegung eines Inventars zu verlangen. — Für diese Ansicht spricht auch die Stellung des § 470 cit. In den §§ 468 und 469 ib. sind bereits über die fideicommissarische Substitution auf das, was beim Substitutionsfalle übrig sein wird, Bestimmungen getroffen, es hätte also, wenn der § 470 nicht auf beide Fälle der fideicommissarischen Substitution bezogen werden sollte, vom Gesetzgeber dies ausdrücklich bemerkt werden müssen. Dies ist nicht geschehen, der § 470 cit. verordnet vielmehr ganz indistincte, es steht also nichts entgegen, demselben die obige allgemeine Anwendung zu geben.

Die aus dem § 471 hervorgehobenen Zweifelsgründe sind nicht erheblich. Denn da das Gesetz ausdrücklich gestattet, dem Erben in einem Testamente die Vorlegung eines Inventars zu erlassen und das Inventarium gerade hauptsächlich dem Substituten die Mittel an die Hand giebt, die Vermögensverwaltung des Instituirten zu kontroliren, so leuchtet aus dem vom Testator ausgesprochenen Verbote der Inventur die Absicht desselben hervor, daß der letztere in der Verwaltung möglichst wenig eingeschränkt werde. Consequent hiermit mußte also der Gesetzgeber aus einem Verbote der Inventur den Schluß ziehen, daß der Testator die Errichtung eines Fideicommisses des Ueberrestes beabsichtigt habe und darin findet die Bestimmung des § 471 cit. ihren Grund, weil praktisch sich auch ohne diese Bestimmung bei einem im Testamente ausgesprochenen Verbote der Inventur dasselbe Resultat ergeben würde.

Die Vorschrift des § 471 entscheidet daher eine ganz andere Frage und zwar die, wenn Zweifel vorhanden, ob überhaupt eine Substitution

dessen, was dem Fideicommissar herauszugeben ist, nicht sowohl in Beziehung auf den durch die widerrechtlichen Dispositionen des Ersteren begründeten Restitutionsanspruch, sondern vielmehr gerade in Beziehung auf die Frage, ob dasjenige, worüber der Fiduciar **nicht** disponirt hat, was sich also in seinem Nachlasse noch vorfindet, zu dem herauszugebenden Erbschaftsüberreste gehört, dem Fideicommissar einen Anhalt gewähren soll.

Auch nach gemeinem Recht ist in dem vorausgesetzten Falle die Verpflichtung des Fiduciars zur Inventarlegung unbestritten. Allerdings tritt hier der Grund hinzu, daß nach **Justinian's** Verordnung dem Fideicommissar jedenfalls ein Viertheil der Erbschaft verbleiben muß.[1])

Um so gewichtiger ist es aber, daß auch die neueren Gesetzgebungen, welche eine solche Bestimmung nicht aufgenommen haben, die Inventurverbindlichkeit des Fiduciars im Falle des § 468 anerkennen.[2])

---

des Ueberrestes vom Erblasser beabsichtigt worden: Diese Frage soll bejaht werden, wenn der Testator die Inventur zu fordern dem Substituten ausdrücklich verboten hat. Daraus folgt nun aber noch **keineswegs**, daß der Rückschluß gerechtfertigt sei, daß da, wo ein Fideicommiß des Ueberrestes errichtet worden, auch implicite die Vorlegung eines Inventars verboten sei.

[1]) Vergl. **Voet**, com. ad P. VII, 9 nr. 2. **Hommel**, Rhaps. V obs. 649 nr. 4: Si heres quicquid supererit restituere jussus est, specificatio jurata super tota hereditate fideicommissario exhibenda est, sed cautio fideicommissaria tantum super quarta parte praestatur. („— Dieweil ein jeglicher Fiduciarius Demjenigen, welchem er die Erbschaft abzutreten schuldig, ein dergleichen Verzeichniß herauszugeben verbunden, also auch bei einem solchen letzten Willen, wo nur, **was übrig bleiben wird**, abgetreten werden soll; (weil der fideicommissarische Erbe doch zu wissen nöthig hat, ob er seinen vierten Theil, den er zum allermindesten erhalten muß, auch wirklich überkomme) dergleichen Verzeichniß unentbehrlich scheinet und nichts zur Sache thut, daß gegenwärtig nicht mehr der erste, sondern des Erben fernerer Erbe die Erbschaft abzutreten hat, inmaßen der letztere ebenfalls, jedoch nur seinem Glauben nach, ein solches Verzeichniß herauszugeben schuldig.")

Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena vom 28. December 1820. (**Seuffert**, Archiv V Nr. 208.)

[2]) Sächs. bürg. G.-B. § 2523. „Der Erbe ist in dem im § 2522 angegebenen Falle zur Leistung einer Sicherheit nicht verpflichtet; doch gilt die Vorschrift im § 632."

(§ 632. „Sowohl der Eigenthümer als auch der Nießbraucher hat bei einem Nießbrauche an einem ganzen Vermögen das Recht, die Aufnahme eines durch Namensunterschrift vollzogenen Vermögensverzeichnisses zu verlangen.")

Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 174. „Ist eine Bestimmung dieser

285. Bei der Feststellung des dem Fideicommissar zufallenden Erbschaftsüberrestes ist die in unserem Landrechte unentschieden gebliebene Frage von großer Wichtigkeit:

in wiefern hier der Grundsatz gilt: res succedit in locum pretii et pretium in locum rei.

Das gemeine Recht entscheidet sich für die Anwendbarkeit dieser Regel.[1]) Ebenso ältere wie neuere Partikularrechte.[2]) Unser Landrecht

---

Art getroffen worden (Art. 173), so muß über das Vermögen, welches der Erbe oder Vermächtnißnehmer durch den letzten Willen erhält, ein Verzeichniß nach Vorschrift des Art. 165 aufgestellt werden. Eine Beschreibung des Zustandes der zu dem Vermögen gehörenden Gegenstände ist dabei nicht erforderlich."

Motive (S. 117): Das Gesetz verlangt auch bei einem solchen Fideicommisse die Aufrichtung eines Inventariums, damit demnächst ohne weitläufige Untersuchung und ohne besondere Streitigkeiten ermittelt werden kann, was zu dem Vermögen des Erblassers gehört hatte. Eine Beschreibung des Zustandes der Liegenschaften und eine Sicherheitsleistung des Onerirten würden bei dem unbeschränkten Gebrauchs- und Veräußerungsrechte des letzteren ohne Zweck seyn.

[1]) Papin. l. 70 § 3 D. de leg. 3: Quum autem rogatus, quidquid ex hereditate supererit, post mortem suam restituere, de pretio rerum venditarum alias comparat, deminuisse, quae vendidit, non videtur. Id. l. 71 eod.: Sed quod inde comparatum est, vice permutati dominii restitueretur. l. 72. Idem servandum erit, et si proprios creditores ex ea pecunia dimiserit. Non enim absumitur, quod in corpore patrimonii retinetur.

Dagegen wird in einem Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden ausgesprochen: Die Rechtsregel: pretium succedit in locum rei etc. leidet keine Anwendung bei der Restitution des fideicommissum superfuturi (Sächs. Zeitschr. für Rechtspflege und Verwalt. N. F. XIII S. 472).

[2]) Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 6 Nr. 14 „— und wenn er (der Fiduciar, dem die Restitution des Restes der Erbschaft auferlegt worden) statt der veräußerten Stücke andere anschafft, so muß er solche allenfalls wiederum restituiren —."

Sächs. bürg. G.-B. § 2524. „Stirbt der Erbe, so ist in dem Falle des § 2522 der Anwärter berechtigt, die Herausgabe Dessen zu fordern, was von dem Vermögen des Erblassers in Natur oder im Werthe noch vorhanden ist." (Siebenhaar, Com. bemerkt dazu: Von dem gem. Rechte differirt dieser § nur insoweit, als der Erbe nach ihm nicht bloß zur Herausgabe der zur Zeit seines Todes noch vorhandenen Gegenstände verbunden ist, sondern auch aus seinem Nachlasse der vorhandene Werth der von ihm veräußerten Gegenstände, also z. B. insbesondere noch rückständige Kaufgelder gefordert werden können. Diese letztere Bestimmung, welche vielleicht nicht ganz consequent ist, hat man wegen der für sie sprechenden unzweifelhaften Billigkeit aufgenommen.) Großh. Hessischer Entw. Th. III

hat jedoch eine solche Rechtsregel als durchgreifenden Grundsatz nirgends anerkannt,[1]) sondern nur für besondere Fälle über das Surrogiren von Preis und Sache Bestimmung getroffen.[2]) In Ermangelung einer solchen Spezialvorschrift sind wir daher nicht berechtigt, jenes Surrogiren als vom Gesetze gewollt anzunehmen, müssen vielmehr an dem im § 37 Tit. 2 für Sacheninbegriffe aufgestellten allgemeinen Grundsatze festhalten:

> „Wenn ein einzelnes Stück im ordentlichen Laufe der Natur, oder der Geschäfte, von dem Ganzen abgesondert worden, so hört die Theilnehmung desselben an den Rechten und Lasten des Inbegriffs auf.“ [3])

286. In einiger Verbindung steht hiermit die Frage:

> wie es bei dem fideicommissum ejus quod supererit in Ansehung der bei Eintritt des Substitutionsfalles noch vorhandenen Früchte und Nutzungen zu halten ist.

Das römische Recht sieht hierin eine Frage der Willensauslegung und legt daher auf die Fassung der Anordnung Gewicht.[4])

Art. 176. „— Ein von dem Beschwerten mit dem Vermögen des Erblassers erworbenes Vermögensstück, oder der Erlös für ein veräußertes Vermögensstück des Erblassers, soweit er noch abgesondert vorhanden ist, wird hierbei als Theil des von dem Erblasser herkommenden Vermögens angesehen.“ Dasselbe ist, wie Unger § 48 Note 14 bemerkt: auch nach Oesterr. Rechte anzunehmen.

[1]) Vergl. Förster, Theorie und Praxis I S. 110 f. Kosmann, Ueber den Rechtssatz res succedit in locum pretii et pretium in locum rei (Deutsche Gerichts-Zeit. 1865 S. 101 f.).

[2]) Vergl. Löher, das System des Preuß. Landrechts S. 153.

[3]) Heydemann, Einl. in das Syst. des Preuß. Civilr. I S. 145.

[4]) Papinin. l. 58 § 7 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Quod ex hereditate superfuisset, quum moreretur, restituere rogatus fructus superfluos restituere non videtur rogatus, quum ea verba deminutionem quidem hereditatis admittant, fructum autem additamentum non recipiant.

Vergl. Papin. l. 3 § 2 D. de usur. (22, 1): Nonnunquam evenit, ut, quamquam fructus hereditatis, aut pecuniae usura nominatim relicta non sit, nihilominus debeatur, utputa si quis rogetur post mortem suam, quidquid ex bonis supererit, Titio restituere; ut enim ea, quae bona fide deminuta sunt, in causa fideicommissi non deprehenduntur, ita, quod ex fructibus supererit, jure voluntatis restitui oportebit.

Donell. com. de jure civ. Lib. VII cap. 26 § 22 spricht sich über die Verschiedenheit dieser Entscheidungen Papinian's dahin aus: — Discrimen in eo est, quod alibi testator ita scripsit: „quod ex bonis supererit,“

Nach unserem Recht kann es kein Bedenken haben, auch hier in Gemäßheit des § 472 d. T. die über die Auseinandersetzung zwischen dem Nießbraucher und dem Eigenthümer gegebenen Vorschriften zur Anwendung zu bringen, da eine auf den Erbschaftsüberrest beschränkte fideicommissarische Substitution dem Fiduciar in jeder Beziehung größere Rechte verleiht, als eine unbeschränkte.

287. Wie in dem Falle des § 468 dem Fiduciar die unumschränkte Dispositionsbefugniß über die Substanz der Erbschaft für seine Lebenszeit zusteht, so können auch seine persönlichen Gläubiger aus dieser Substanz ihre Befriedigung suchen. Dieses Recht geht aber für sie sofort mit dem Eintritte des Substitutionsfalles verloren.

Der Fiduciar ist bis zum Eintritte des Substitutionsfalles voller, unbeschränkter Eigenthümer der Erbschaft. Die dazu gehörigen Vermögensstücke sind daher der von seinen Gläubigern gegen ihn ausgebrachten Execution ohne Einschränkung unterworfen. Dies hört jedoch in demselben Augenblicke auf, wo das Erbrecht des Fiduciars erlischt. Wenn daher ein Personalgläubiger des Fiduciars die Subhastation eines Erbschaftsgrundstückes ausgebracht hat und noch vor dem öffentlichen Verkaufe der Substitutionsfall eintritt, so ist die Subhastation sofort wieder aufzuheben, da das Grundstück nunmehr dem Fideicommissar zugefallen und eben dadurch den Personalgläubigern des Fiduciars als Executionsobject entzogen ist.

---

§ 470. «Der Substitut ist berechtigt, die Vorlegung eines gerichtlichen, oder eines eidlich zu bestärkenden Privat-Inventarii über die ihm bestimmten Sachen zu fordern.»

§ 471. «Hat der Testator dem Substituten, auf dergleichen Vorlegung anzutragen, ausdrücklich verboten, so ist anzunehmen, daß er denselben nur auf das, was bei

---

alibi: „quod supererit ex hereditate." Fructus percepti, si qui supersunt, semper supersunt ex bonis. Sunt enim percepti ex aliquibus bonis. At non possunt dici superesse ex hereditate, qui ex hereditate percepti non sunt. Non enim percepti sunt ex rebus, quae essent hereditatis, sed ex iis, quae coeperant jam esse heredis. cf. Brunnemann, com. in P. ad l. 3 § 2 de usur. nr. 4.

dem Ableben des Eingesetzten noch vorhanden sein wird, habe substituiren wollen.»

§ 472. «Uebrigens finden wegen der Befugnisse des Substituten, Cautionsbestellung zu fordern, und wegen der Auseinandersetzung zwischen ihm und dem Haupterben oder Legatario, bei eintretendem Substitutionsfalle, die zwischen dem Nießbraucher und Eigenthümer gegebenen Vorschriften ebenfalls Anwendung.»

288. Die Verpflichtung des Fiduciars, bei Uebernahme der mit einem Fideicommiß belasteten Erbschaft, ein Inventar zu legen, erkennt auch das gemeine Recht an.[1]) Die Kosten der Inventur sind aus der Erbschaft zu entnehmen und kommen daher dem Fideicommissar

---

[1]) Codex Fabrianus Lib. VI tit. 27 def. 25: Heres rogatus de hereditate alteri restituenda, licet pure et simpliciter hereditatem agnoscere velit, cogi tamen potest postulante fideicommissario, ut inventarium conficiat, non quidem solemne, ut vocant, sed tamen tale, ex quo constare aliquando possit de qualitate et quantitate rerum hereditariarum. Idque sumptibus fideicommissarii, non suis.

Eod. tit. 31 def. 2: Heres rogatus de hereditate post mortem suam restituenda, etsi rationes reddere fideicommissario non cogitur, compelli tamen potest fideicommissario postulante, ut rerum hereditariarum inventarium et descriptionem faciat, ne in potestate heredis sit pro arbitrio dilapidare res hereditarias, atque ita fideicommissi restitutionem eludere. Qui si putat sua interesse, ne patrimonii secreta pandantur, petere potest, ut inventarium illud secretum maneat, quomodo nostri loquuntur, id est, obsignatum sigillo judicis, nec prius aperiatur, quam fideicommissi dies aut conditio venerit... Ita Senat. Sabaud. M. April. a. 1595. — Zasii Consil. III 33. Heres gravatus fideicommisso, tenetur facere inventarium. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 8 def. 39: Praeter cautionem de fideicommissis praestandis, obstrictus quoque est heres gravatus fideicommissario ad confectionem inventarii. Alioquin de bonis fideicommisso subjectis vix certus fieri potest fideicommissarius, cujus tamen multum interest, nihil in sui praejudicium alienari. Et sane curare semper debet Magistratus, quantum fieri potest, ut rerum probatio salva sit, ne deficiat probatio jure non deficiente. Necesse tamen non est, ut inventarium conficiatur solenne juxta dispositionem l. ult. C. de jure delib. Sed sufficit tale, ex quo constare aliquando possit de qualitate et quantitate rerum hereditariarum —. S. Stryk de caut. test. cap. 21 membr. I § 12. Inventarium de bonis fideicommisso obnoxiis faciendum.

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 6. „— 10mo Gibt der Fiduciarius dem Fideicommissarius auf Begehren nicht nur das Inventarium heraus, und legt ihm Rechnung ab, sondern leistet auch in

künftig in Abzug.[1]) Der Zweck dieser Sicherungsmaßregel ist, dem Fideicommissar für die künftige Auseinandersetzung eine Grundlage zu gewähren, insbesondere den an sich ihm obliegenden Beweis[2]) in der doppelten Richtung zu ermöglichen:

a) daß die bei Eintritt des Substitutionsfalles vorhandenen Vermögensstücke zu der Fideicommiß-Erbschaft gehören;

b) daß Substanztheile dieser Erbschaft fehlen, welche bei ordnungsmäßiger Vermögensverwaltung hätten vorhanden sein müssen.

Hat der Testator den Fiduciar ausdrücklich von jener Pflicht befreit,[3]) so liegt hierin von selbst die Beschränkung des Fideicommissars auf den etwanigen Ueberrest — ein Satz, der jedoch nach dem zu Nr. 284 Ausgeführten nicht dem umgekehrten Schluß zuläßt, daß bei jeder auf den künftigen Ueberrest beschränkten fideicommissarischen Substitution der Fiduciar von der Inventarlegung frei sei.

Fideicommisso sub conditione vel die annehmliche Caution —." Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2515. Code civ. art. 1058 sq.

Ueber die Cautionspflicht des Fiduciars nach gemeinem Recht vergl. Cod. **Fabrianus** Lib. VI tit. 31 def. 3. **Carpzov** l. c. def. 38. S. **Stryk**, de caut. test. l. c. § 13. Vergl. Privat.-G.-B. für den K. Zürich § 2080. „Der Nacherbe kann von dem eingesetzten Erben Sicherheit für gehörige Zurücklassung der fideicommissarischen Erbschaft fordern, insofern er zu bescheinigen vermag, daß dieselbe durch die Handlungen oder Unterlassungen des Erben gefährdet erscheine, es sei denn, daß der Erblasser solches untersagt habe."

[1]) **Hommel**, Rhaps. I obs. 242 nr. 1—3: Inventarii conficiendi sive juratae specificationis sumtus regulariter non praestat is, qui exhibet, sed is, cui exhibetur. Non ergo tutor. Certe fiduciarius potest cos deducere a fideicommisso, quoniam in fideicommissarii utilitatem vergit. Nempe exhibitio semper fit impendiis petitoris ...

[2]) **Mantica**, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. 6 nr. V: Et si de bonis subjectis fideicommisso oritur controversia, fideicommissarius debet probare, quae dicit fuisse in hereditate: quia hoc est fundamentum suae intentionis — et quidem fideicommissarius debet probare bona fuisse relicta a testatore et pervenisse ad manus heredis gravati ...

[3]) Aehnlicher Art ist die Anordnung, wonach der Testator den Fiduciar-Erben für befugt erklärt, selbst die Substanz des Nachlasses zu seinen Bedürfnissen **ohne Rechnungsablegung** zu verwenden. Vergl. den Rechtsfall in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" VII S. 542 f.

Nach röm. Recht hat der Erlaß jeder Rechenschaftsablegung zur Folge, daß der Fiduciar nur für dolus haftet. **Papin.** l. 72 § 3 D. de cond. et dem. (35, 1).

289. Gegenstand der im § 472 gedachten Auseinandersetzung bilden auch die vom Fiduciar auf die Erbschaft gemachten nothwendigen Verwendungen.[1])

---

§ 473. «In sofern die Verlassenschaft zur Tilgung sämmtlicher Schulden nicht hinreicht, müssen auch die aus der verschuldeten Erbschaft bestellten Fideicommisse, nach näherer Bestimmung § 345 ff., dazu mit angewendet werden.»

290. Dieser sich ganz von selbst verstehende[2]) Satz wird auch von den älteren Rechtslehrern ausdrücklich hervorgehoben.[3])

D. Von bedingten Erbeseinsetzungen und Vermächtnissen.[4])

Von aufschiebenden Bedingungen.

§ 478. «Ist Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt, so bleibt, wenn nicht der Testator ein Anderes vorgeschrieben hat, der Intestat-

---

[1]) Codex Fabrianus Lib. VI tit. 27 def. 8: Quas impensas facit heres rogatus de restituenda hereditate pro renovandis, ut fieri necesse est, censualibus instrumentis, eas potest ille ejusve heres a fideicommissario post restitutam hereditatem repetere (l. 19 § penult. l. 22 § 3 D. ad S. C. Treb. l. 72 D. ad L. Falc. l. 58 D. de leg. 1. l. 50 D. de usufr.). Quia tametsi commodum ex ejusmodi renovatione heres ipse senserit, qui tanto facilius et commodius annuos census exegit: fuit tamen commodum illud temporarium, quod fideicommissario futurum est perpetuum. Itaque quali in conservandam rem facti sumptus imputari heredi debent, id est restitui... Ita Senat. Saband. M. Dec. a. 1592.

[2]) Vergl. Pompon. l. 165 D. de V. S.: 'Venisse ad heredem nihil intelligitur, nisi deducto aere alieno.

[3]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 7. nr. 6: Dum autem cessat defuncti voluntas in distribuendis lucris, antequam tollitur bonorum onus, nemo non isti consequens existimabit, quod si res fideicommisso subjectae fuerint, etiamsi alienatio expresse prohibeatur, alienari tamen eas posse ab herede pro solutione aeris alieni a defuncto contracti, modo alia bona non supersint, quae sufficiant. Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 8 d. 34. Ex rebus fideicommisso subjectis solvendum est aes alienum defuncti. Vergl. Hommel, Rhaps. VI obs. 756 nr. 23—25.

[4]) Vergl. die Erörterungen zu §§ 61, 62 d. T. B. I S. 410 f.

erbe so lange, bis die Bedingung eintritt, im Besitze und Genusse des Nachlasses.»

§ 479. «Ist der Intestaterbe seiner Person oder Aufenthalte nach unbekannt, so muß der Nachlaß bis dahin für dessen Rechnung durch einen Curator, unter gerichtlicher Aufsicht, verwaltet werden.»

§ 480. «Zwischen dem Intestaterben, oder dessen Curator, und dem bedingt eingesetzten Testamentserben findet alsdann eben das Verhältniß Statt, wie zwischen dem eingesetzten und dem fideicommissarisch nachgesetzten Erben (§ 466 ff.).»

§ 481. «Doch kann der bedingt eingesetzte Erbe in keinem Falle Caution fordern, wenn es bloß von ihm abhängt, die Bedingung zur Wirklichkeit zu bringen.»

291. Diese vom römischen Recht[1]) wesentlich abweichenden Vorschriften beruhen auf der vom germanischen Recht, unter Beseitigung des römisch-rechtlichen Grundsatzes: semel heres semper heres, anerkannten Zulässigkeit der Berufung successiver Erben.[2]) Der Wille des Erblassers, welcher den Erben nur für einen gewissen Fall, aber auch erst mit dem Eintritt dieses Falles berufen hat, gelangt dadurch, unbeengt von Rechtssätzen,[3]) die in der letzteren Richtung einen solchen Willen für rechtlich unmöglich erklären, seinem ganzen Inhalte nach zur Ausführung.[4])

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 41 S. 190—205. Windscheid, die Wirkung der erfüllten Bedingung (Basel 1851) S. 23. Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 930, 931.

[2]) Es ist in dieser Hinsicht auf die früheren Erörterungen zu § 53, desgl. zu §§ 259, 260 d. T. B. I S. 396 f., 526 f. zu verweisen.

[3]) Ulp. l. 39 D. de acq. v. om. her. (29, 2): Quamdiu potest ex testamento adiri hereditas, ab intestato non defertur. Florent. l. 54 eod.: Heres quandoque adeundo hereditatem, jam tunc a morte successisse defuncto intelligitur. Paul. l. 138 pr. D. de R. J.: Omnis hereditas, quamvis postea adeatur, tamen cum tempore mortis continuatur. Vergl. auch B. I S. 41 f.

[4]) Mit Unrecht bemerkt Huschke im Rhein. Museum VI S. 322, 323 über die Vorschrift unseres § 478: „Bei allen Rechtsgeschäften, die von einer Bedingung abhängig gemacht sind, kann der Erfolg, den die Richtigkeit des Geschäfts hervorbringen wird, nicht eher eintreten, bis die Bedingung fehlgeschlagen ist; ist aber die Bedingung fehlgeschlagen, so tritt nun auch, der Natur der Bedingung nach, der Rechtserfolg rückwärts ein. Um so mehr

Hiermit stimmen auch die neueren Gesetzgebungen überein.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 707. „So lange das Recht des Erben oder des Legatars wegen einer noch nicht erfüllten Bedingung, oder wegen des noch nicht gekommenen Zeitpunktes verschoben bleibt, so lange finden im ersten Falle zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben, und im zweiten Falle zwischen dem Erben und Legatar, in Hinsicht auf den einstweiligen Besitz und Genuß des Nachlasses oder Legates, die nämlichen Rechte und Verbindlichkeiten, wie bei einer fideicommissarischen Substitution statt."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2013. „Ist Jemand von einem Zeitpunkte an oder unter einer aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt, so findet bis zum Eintritte des Zeitpunktes oder der Bedingung die gesetzliche Erbfolge statt . . ."

§ 2505. „Eine Erbeinsetzung von einem Zeitpunkte an oder unter einer aufschiebenden Bedingung gilt . . . als eine an die gesetzlichen Erben gerichtete Anordnung einer Anwartschaft zu Gunsten der eingesetzten Erben vom Eintritte des Zeitpunktes oder der Bedingung an."

Großh. Hessischer Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches Abth. III Art. 63. „Ist Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung, oder von einem dem Tode des Erblassers nachfolgenden Zeitpunkte an als Erbe berufen, so bleibt die Erbschaft bei dem gesetzlichen Erben bis die Bedingung oder der Zeitpunkt eintritt."

Art. 65. „In den Fällen der Art. 63 und 64 finden zwischen dem gesetzlichen und eingesetzten Erben und umgekehrt die nämlichen

---

ist es zu verwundern, daß das Preuß. A. L.-R. I. 12 § 478 vorschreibt ꝛc. Allein diese dem Willen des Testators so offenbar widersprechende Vorschrift hat wahrscheinlich darin ihren Grund, daß die Verfasser des L.-R., die die Rechtsregel nemo pro parte testatus etc. mit allen ihren Wirkungen aufheben wollten, unter diese auch den eben besprochenen Rechtssatz (So lange Jemand noch aus einem Testamente beerbt werden kann, ist die Intestaterbfolge nicht deferirt) irrig rechneten."

Daß die Vorschrift des § 478 so wie die damit übereinstimmende des § 486 gerade dahin abzweckt, den wahren Willen des Testators zur Geltung zu bringen, beweist schlagend der Umstand, daß selbst das römische Recht beim Soldatentestament, wo dem Willen des Erblassers volle Rechnung getragen wurde, dasselbe annahm. Tryphon. l. 41 pr. D. de test. mil. (29, 1): Miles ita heredem scribere potest: „Quoad vivit Titius, heres esto; post mortem ejus Septicius." Sed si ita scripserit: „Titius usque ad annos decem heres esto," nemine substituto: intestati causa post decem annos locum habebit. Et quia diximus, ex certo tempore, et usque ad certum tempus, milites posse instituere heredem: his consequens est, ut, antequam dies veniat quo admittatur institutus, intestati hereditas deferatur... Vergl. auch Unger § 16 Note 20.

Rechte und Verbindlichkeiten statt, welche — zwischen dem Beschwerten und dem Anwärter eintreten." [1])

Hierbei wird natürlich eine wahre Bedingung, also eine solche vorausgesetzt, welche den Eintritt der testamentarischen Erbfolge hinausschiebt,[2]) und zwar in Betreff sämmtlicher Testamentserben. Ist von mehreren im Testamente berufenen Erben nur Einer oder der Andere unter einer aufschiebenden Bedingung eingesetzt, so tritt in Ansehung der Uebrigen während des Schwebens der Bedingung das Anwachsungsrecht in Wirksamkeit, weil die Intestaterben von der Erbschaft als ausgeschlossen zu betrachten sind.[3])

292. Der im § 478 aufgestellte Grundsatz kann nach der ausdrücklichen Bestimmung des Gesetzes immer nur dann zur Anwendung kommen, „wenn nicht der Testator ein Anderes vorgeschrieben hat." Es fragt sich:

ob eine solche, die Anwendbarkeit des § 478 ausschließende

---

[1]) Motive S. 49 f.: Der Entwurf hält mit unserem gegenwärtigen Rechte an dem Grundsatze fest, daß jeder Erblasser vom Augenblicke des Todes an repräsentirt werden muß. Hat der Erblasser den Erben von einem, dem Tode nachfolgenden Zeitpunkte an berufen, so tritt mit dem Tode der gesetzliche Erbe ein und behält die Erbschaft, bis der Tag erscheint, mit welchem das Recht des eingesetzten Erben beginnt. Ebenso wird es gehalten, wenn der eingesetzte Erbe unter einer Suspensivbedingung berufen ist. Bekanntlich sagen schon die Römer bei Legaten und Fideicommissen: — per conditionem tempus demonstratur — und mit Recht. Denn der Erblasser, welcher seine letzwillige Verfügung an eine aufschiebende Bedingung knüpft, also von einem künftigen Ereignisse abhängig macht, gibt dem Bedachten das demselben zugedachte Recht noch nicht selbst, sondern er verschiebt die Entstehung dieses Rechts auf die Zukunft. Seine bedingte einseitige Disposition enthält nur das Anbieten eines Rechts, und zwar ein Anbieten, das in einer doppelten Beziehung eingeschränkt ist, einmal durch die Ungewißheit des als Bedingung gesetzten Ereignisses, und sodann dadurch, daß diese Ungewißheit erst in der Zukunft gehoben werden kann. Der Erblasser, der ein solches Anerbieten macht, hat gewiß nicht die Absicht, schon mit seinem Tode ein Recht zu constituiren, welches erst in späterer Zeit zur Existenz kommen kann, und seiner Intention ist es sicherlich entsprechend, einstweilen und während des Zustandes der Ungewißheit die gesetzlichen Erben eintreten zu lassen.

[2]) Dies ist nicht der Fall bei der s. g. conditio in praesens vel in praeteritum collata. Ulp. l. 10 § 1 D. de condit. inst. (28, 7): Si quem ita institutum ponamus: „ille si eum codicillis heredem scripsi, heres esto," valet institutio, etiam in filio, qui in potestate est, quum nulla sit conditio, quae in praeteritum confertur, vel quae in praesens, veluti: „si rex Parthorum vivit, si navis in portu stat."

[3]) §§ 281, 285 d. T. Vergl. Unger § 16 Note 19.

Bestimmung vorliegt, wenn Jemand unter einer aufschiebenden Bedingung zum Erben eingesetzt und ein Anderer unter der entgegengesetzten Bedingung ihm substituirt ist.

Z. B. A soll mein Erbe sein unter der Bedingung, daß er die X binnen Jahresfrist heirathet. Geschieht dies nicht, so ist X Erbin.[1])

In einem solchen Falle haben die Intestaterben für die Zeit, wo die Bedingung schwebt, auf den Besitz und den Genuß der Erbschaft keinen Anspruch. Denn dieser kommt ihnen nur dann zu, wenn ihnen bei dem Fehlschlagen der Bedingung die Erbschaft zufällt, weil nur dann die Bedingung als zu ihrem Vortheile beigefügt zu betrachten ist. Hat jedoch der Erblasser für diesen Fall einen Andern zum Erben ernannt, so hat er eben dadurch die Intestaterbfolge ausgeschlossen. Es gebührt daher auch nur dem Letzteren der einstweilige Genuß der Erbschaft.[2])

293. Die cautio Muciana — ein positivrechtliches Institut[3]) —

---

[1]) Vergl. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 17 nr. 4.

[2]) Hierher gehört auch folgender Rechtsfall: Ein Testator verordnet: „Die A soll mich beerben, wenn sie heirathet. Heirathet sie nicht, soll B mein Erbe sein und der A 1000 Thlr. als Legat auszahlen." Nach dem Tode des Testators findet die A nicht sogleich Gelegenheit, sich zu verheirathen, gibt jedoch die Hoffnung auf die Erbschaft nicht auf. Was gilt für die Zwischenzeit?

A und B sind unter entgegengesetzten Bedingungen zur Erbschaft gerufen. A soll Erbin sein, wenn sie heirathet (also unter einer aufschiebenden Bedingung), und wenn sie nicht heirathet (also die Bedingung fehlschlägt), 1000 Thlr. als Vermächtniß erhalten. — Die Erbeseinsetzung des B dagegen ist auf doppelte Weise bedingt:

a. er wird Erbe, sofern bei dem Tode des Erblassers die der A gestellte Bedingung noch schwebt, oder schon weggefallen sein sollte;

b. er hört auf, Erbe zu sein, sobald die gedachte Bedingung eintritt.

Das Vermächtniß gebührt der A nur dann, wenn sie nicht heirathet, also auch nicht Erbin wird. Macht sie ihren Anspruch auf das Vermächtniß geltend, so liegt darin die Anerkennung, daß die ihrer Erbeseinsetzung beigefügte Bedingung als fehlgeschlagen zu betrachten sei.

[3]) Ulp. l. 7 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Mucianae cautionis utilitas consistit in conditionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, utputa: „si in Capitolium non ascenderit, si Stichum non manumiserit," et in similibus. Et ita Aristoni et Neratio et Juliano visum est. Quae sententia et constitutione Divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est. Gaj. l. 18 eod.: Is, cui sub conditione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem jure civili deficiente conditione hoc

ist von unserem Landrecht nicht aufgenommen worden.[1]) Es fragt sich daher:

> wie es in denjenigen Fällen zu halten ist, in denen nach römischem Recht jene cautio dem Honorirten eine Aushülfe gewährte.

Vor Allem ist hierbei zu erwägen:

> ob nicht die Bedingung im Sinne des Testators, trotz der ihr gegebenen Fassung, als eine auflösende zu behandeln ist,

namentlich wenn die Unterlassung einer solchen Handlung zur Bedingung gesetzt ist, welche der Bedachte während seiner ganzen Lebenszeit vornehmen kann, so daß erst sein Tod ein Entgegenhandeln unmöglich macht, also erst mit diesem Momente die Bedingung erfüllt ist.[2]) Wollte man hier den § 478 zur Anwendung bringen, so wäre damit die ganze Erbeinsetzung von vornherein ein bloßes Nichts, was doch der Testator unmöglich gewollt haben kann.

Von diesem Gesichtspunkte geht das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch

---

legatum, eave hereditas pertinere potest. Ulp. l. 4 § 1 D. de condit. inst. (28, 7): Idem Julianus scribit, eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere conditionem, ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili conditione heredem institutum videri; quae sententia vera est. Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 § 1464. Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 931 f.

[1]) Das Sächs. bürg. G.-B. schließt sich dem röm. Recht an, indem der § 2147 bestimmt: „Ist ein letzter Wille von der aufschiebenden Bedingung abhängig gemacht, wenn der Bedachte eine Handlung nicht vornehmen werde, welche von ihm, so lange er lebt, vorgenommen werden kann, so darf der Bedachte das ihm Zugewendete fordern, sobald er Demjenigen, welchem er im Falle der Nichterfüllung der Bedingung das Erhaltene herauszugeben hat, wegen Herausgabe desselben nebst Früchten Sicherheit leistet..." Vergl. auch Baier. L.-R. Th. III Kap. 3 § 10 Nr. 14.

[2]) Motive des Großh. Hessischen Entwurfs zu Art. 237: Der Erblasser, welcher Jemanden letztwillig etwas zuwendet, unter der Bedingung, daß der Bedachte etwas nicht thue, kann vernünftiger Weise nicht gewollt haben, daß der Letztere das ihm Zugedachte während seines Lebens nicht erhalten solle, seine Absicht kann vielmehr nur dahin gegangen sein, durch die Beschränkung der letztwilligen Verfügung die Begehung der als Bedingung gesetzten Handlung zu verhindern, den Bedachten von dem Begehen dieser Handlung abzuhalten. Die Bedingung enthält also die Androhung der Wiedereinziehung des Zugewendeten für den Fall, daß jene defeciren sollte.

aus, indem es im § 708 den allerdings zu allgemein gefaßten Grundsatz ausspricht:

> Aufschiebende negative Bedingungen aller Art, welche erst dann erfüllt sind, wenn das Ereigniß, welches nicht eintreffen soll, nicht mehr eintreffen kann, werden, um dem Berufenen den Genuß der ihm zugedachten Erbschaft nicht allzulange oder gar gänzlich vorzuenthalten, in auflösende Bedingungen mit entgegengesetztem Inhalt verwandelt und gleich einer solchen behandelt.[1])

Eine solche Rechtsvermuthung ist in unserem Landrecht nicht enthalten. Wir sind deshalb auf die Willensauslegung hingewiesen, können jedoch auf diesem Wege, nach Bewandtniß der vorliegenden Umstände, zu dem gleichen Ergebnisse gelangen.

294. Die Vorschrift des § 481 gilt auch nach gemeinem Recht.[2])

---

§ 482. «Ist ein Vermächtniß unter einer aufschiebenden Bedingung verlassen, so finden eben diese Vorschriften zwischen dem Erben und Legatario Anwendung.»

§ 483. «Das Eigenthum der vermachten Sache geht also in diesem Falle, so wie das Recht, Früchte oder Nutzungen davon zu fordern, erst mit dem Tage, wo die Bedingung erfüllt wird, auf den Legatarium über.»

§ 484. «Doch kann der Legatarius auch alsdann Verzinsung oder Herausgabe der Früchte und Nutzungen nur von der Zeit an verlangen, wo er dem Erben die Erfüllung der Bedingung gemeldet, und sie nöthigen Falls gehörig nachgewiesen hat.»

295. Unser Landrecht folgt hier im Wesentlichen den Grundsätzen des gemeinen Rechts. Bei bedingten Vermächtnissen vollzieht sich der

---

[1]) Unger § 16 a. E.

[2]) Voet, com. ad P. 36, 3 nr. 1 i. f.: — Quod si sub conditione potestativa quid relictum fuerit, vix est, ut cautioni huic locus sit, cum sibi imputare debeat honoratus, quod non impleat, et ita purificat relictum, nisi implementum potestativae conditionis temporis majoris tractum desideret.

Erwerb erst mit dem Eintritte der Bedingung, aber auch unmittelbar (ipso jure) in diesem Momente.[1]) Auch die Bestimmung, daß erst von diesem Momente an die Früchte und Nutzungen auf den Legatar übergehen, daß also die erfüllte Bedingung in dieser Hinsicht[2]) keine rück-

[1]) Ulp. l. 5 § 2 D. quando dies leg. (36, 2): Sed si sub conditione sit legatum relictum, non prius legati dies cedit, quam conditio fuerit impleta; nequidem si ea sit conditio, quae in potestate sit legatarii. Id. l. 42 pr. D. de O. et A. (44, 7): Is, cui sub conditione legatum est, pendente conditione non est creditor, sed tunc quum extiterit conditio... Id. l. 41 D. de cond. et dem. (35, 1): Legata sub conditione relicta non statim, sed quum conditio extiterit, deberi incipiunt; ideoque interim delegari non potuerunt. Id. l. 12 § 2 D. fam. ercisc. (10, 2): Res, quae sub conditione legata est, interim heredum est, et ideo venit in familiae erciscundae judicium, et adjudicari potest cum sua scilicet causa, ut existente conditione eximatur ab eo, cui adjudicata est, aut deficiente conditione ad eos revertatur, a quibus relicta est —. Modestin. l. 32 § 1 D. de leg. 2: Fundum ante conditionem completam ab herede non traditum, sed a legatario detentum, heres vindicare cum fructibus poterit. Gaj. l. 69 § 1 D. de leg. 1: Si servum sub conditione legatum heres alienaverit, deinde conditio extiterit, potest nihilominus a legatario vindicari, nec extinguitur legatum. l. un. § 7 C. de cad. toll. (6, 51): Sin antem aliquid sub conditione relinquatur, vel casuali, vel potestativa, vel mixta: quarum eventus ex fortuna, vel ex honoratae personae voluntate, vel utroque pendeat, vel sub incerto die: exspectari oportet conditionis eventum, sub qua fuerit derelictum, vel diem, ut tunc cedat, cum vel conditio impleatur, vel dies incertus extiterit...

Erneuert. Gemeines Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 24 § 7. „Und so das Legat nit pure verordnet sondern auf ein Condition und Erfolgung eines künfftigen ungewissen Falls gerichtet, oder auf eine ungewisse Zeit, oder erst nach eines andern Tod, dem die Niessung solches Legats verschafft, zuraichen gestellt, alsdann ist der Erb, sobald sich selbige Zeit, Condition oder Fall begeben, das Legat dem Legatario zu erstatten schuldig —."

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (Verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 4: „Und, obwol, Vermöge der Rechten, alle Legata, so mit Condition und Beding geschehen, zuvor nicht gelten, biß das angehengte Beding und Condition erscheinet, vollführet und erstrecket wird..." § 6. „Und in vorgedachten conditionalibus Legatis, so mit Beding beschehen, ist der Erb von Rechtswegen denen Legatarien, so etwas verordnet, Caution und Versicherung zu thun schuldig, solch Legat, wann die Condition und Zeit erschienen und erfüllet, zu erstatten —."

[2]) Fitting, Ueber den Begriff der Rückziehung (Erlangen, 1856) S. 31 f.: In Hinsicht auf den **Erwerb eines bedingten Vermächtnisses** läßt sich die Annahme einer Rückziehung in keiner Beziehung rechtfertigen. Es tritt vielmehr ganz entschieden eine bloße Vorwirkung ein. Mit Erfüllung

wirkende Kraft hat, entspricht der früher in der gemeinrechtlichen Doctrin herrschenden Ansicht.[1])

296. Die Vorschrift des § 484 beruht darauf, daß erst mit dem Ablaufe des gedachten Zeitpunktes von einem Verzuge des Erben die Rede sein kann.[2]) Sie erscheint daher nur insoweit gerechtfertigt, als es sich um die den Erben (zur Strafe für seine Saumseligkeit) treffenden Nachtheile des Verzuges handelt, also um eine Erweiterung seiner ursprünglichen Verpflichtung. Der § 484 geht aber darüber hinaus, indem er dem Erben auch nach Eintritt der Bedingung, so lange er noch nicht in mora war, die Vortheile der vermachten Sache, nämlich die Früchte und Nutzungen, zu Theil werden läßt, also dem Legatar entzieht. Es wäre daher eine dem § 307 d. T. entsprechende Bestimmung allein hier an ihrem Orte gewesen.

---

§ 485. «So weit überhaupt ein unter Bedingung eingeräumtes Recht auf die Erben des Berechtigten übergehen kann, so weit findet ein Gleiches zu Gunsten der Erben des bedingungsweise eingesetzten Erben oder Legatarii Statt. (Tit. 4 §§ 161. 162.)»

297. Dieser unserem Landrechte eigenthümliche Grundsatz, der eine wesentliche Abweichung vom römischen wie vom gemeinen deutschen

---

der Bedingung erhält also der Vermächtnißnehmer unmittelbar und ohne weiteres das Eigenthum der vermachten Sache oder die Forderung gegen den Belasteten; aber in allen Fällen erstreckt sich diese Wirkung nur vorwärts in die Zukunft, nicht auch schon rückwärts in die Vergangenheit. Das Eigenthum des Erben hört beim Eintritt der Bedingung zwar ipso jure auf, aber bis zu diesem Zeitpunkte ist er in jedem Falle Eigenthümer gewesen. Es wird in keiner Weise so angesehen, als habe er niemals Eigenthum an der vermachten Sache gehabt. (Dies wird sowohl für das bedingte Vindicationsals das bedingte Damnationslegat aus den Quellen nachgewiesen S. 34—44.)

[1]) Es ist in dieser Hinsicht auf Fitting a. a. O. und die von ihm benannten Schriftsteller zu verweisen.

[2]) Vergl. § 67 Tit. 16 Th. I A. L.-R. „In allen Fällen, wo durch Gesetz oder Willenserklärungen ein Zahlungstag bestimmt ist, nimmt der Lauf der Zögerungszinsen von diesem Tage seinen Anfang.“ § 68. Eben das findet bei bedingten Zahlungen Statt, sobald die Bedingung eingetreten, und dieses dem Schuldner bekannt geworden ist.“

Rechte enthält,[1]) steht ganz unvermittelt da. Er findet sich weder in

---

[1]) Ulp. l. 59 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Intercidit legatnm, si ea persona decesserit, cui legatum est snb conditione. Pompon. l. 22 § 1 D. quando dies leg. (36, 2): — definitio Labeonis probanda est dicentis, id demum legatnm ad heredem legatarii transire, qnod certnm sit debitnm iri, si adeatnr hereditas. l. nn. § 7 C. de cad. toll. (6, 51) (im Anschluß an die oben S. 119 Note 1 mitgetheilte Stelle): — Qnodsi in medio is qui ex testamento lucrum sortitus est, decedat..., hoc quod ideo non praevaluit, manere disponimns simili modo apnd eos, a quibns relictum est —. Averan. Interpret. jur. Lib. II cap. 16 nr. 5: — In contractibus nihil refert, quando conditio existat, ante, vel post mortem creditoris; qnia creditor decedens transmittit spem ad heredes. Transmittit autem spem, qnia qui contraxit, tnm sibi, tnm heredibns snis consulere voluisse videtur. Et ideo in contractibns initinm spectamus et ex praesenti vires capiunt. In legatis mnlto aliter se res habet. Testator qui legat, vult honorare ipsum legatarium, non ejus heredes, ipsique aliquid ob meritum relinqnere, non heredibus legatarii, qui de testatore bene meriti non sunt. Itaque si legatarins moriatur ante eventnm conditionis, legatum prorsns extinguitur, nam ad heredes legatarii non potest transmitti, neqne ex voluntate testatoris, qni eos nolnit honorari, neqne ex persona legatarii, qnia ipse mortuns est, anteqnam cederet dies legati, anteqnam aut legatnm ipsum, ant obligationem acqnireret. Vinnii com. in § 4 J. 3, 16 nr. 6: — cur, inquam, cum tam ex cansa legati conditionalis, qnam ex simili stipulatione spes sit debitum iri, non aeqne spes illa transmittitnr in heredem legatarii, atqne in heredem stipnlatoris? Nimirum ideo, qnia cum beneficia suprema voluntate ob merita plerumque dari, aliamve ob causam solent, propter quam complectendnm aliqnem afficimnr, existimandnm est, testatorem in legando personam tantum legatarii cogitasse, eique soli, non etiam heredi ejus, qui incertns est, beneficium conferri volnisse...

Köppen in v. Gerber's und Jhering's Jahrbüchern V (1861) S. 186, 187 sagt: Das Recht des Vermächtnisses habe ursprünglich mit dem Erbrecht den familienrechtlichen Charakter gemein, weshalb auch die Entstehung jenes Rechts die Möglichkeit eines Familienverhältnisses zum Testator voraussetzte. Auch in dem heutigen Recht bestehe jene familienrechtliche Natur in einzelnen Anwendungen noch fort. Dies zeige sich auch darin, daß der Legatar den dies legati cedens, also bei bedingten Legaten, den Eintritt der conditio erleben muß, wenn die petitio legati zur Existenz kommen soll. Während bedingte Vermögensrechte — so fährt der Verf. fort — als eine spes auf die Erben des Berechtigten transmittirt werden, geht die spes auf die petitio legati mit dem Tode des Legatars unter, weil die durch sie gewährte familienartige Stellung zum Vermögen des Testators nur der einnehmen kann, dem sie dieser aus Neigung und Liebe zugedacht hat. Damit verträgt es sich sehr wohl, daß das Recht des Vermächtnisses, einmal erworben, auch an die Erben des Legatars gelangt, wenn vererbliche Rechte vermacht sind: denn ein solches Vermächtniß enthält durch diesen Gegenstand die stillschweigende Erklärung des Testators, daß er den Vortheil desselben nicht blos der Person des Legatars zuwenden will, und es kann deshalb, wenn sich aus der An-

älteren deutschen Partikularrechten[1]) noch ist er in neuere Gesetzbücher übergegangen.[2])

---

ordnung von Substitutionen nicht das Gegentheil ergiebt, nur als seinem Willen entsprechend betrachtet werden, daß sich die rechtliche Möglichkeit, das Vermächtniß zu erwerben, vererbt, sobald sie nur noch für den Legatar selbst eingetreten ist.

[1]) Vergl. Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 23 § 2. „Wo aber das legat auf eine ungewisse Zeit und geding gestellet were, und der legatarien einer, oder sie alle, vor solcher Zeit oder gedings erscheinung verstürben so wird der legatarien erben daran nichts, sondern bleibt entweder dem überlebenden legatarien, oder verfellt das legat gentzlich, also daß es dem erben zukompt." (Fast wörtlich aufgenommen in das Erneuerte L.-R. des Hertz. Preußen von 1685 Buch V Tit. 8 Art. 3 § 3.) Erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 6 § 6. „— Und wann der Legatarius dieselbig Condition nicht erfüllt hat, oder die Zeit noch nicht erschienen ist, und stirbt darunder, So ist damit auch das Legat erloschen." § 7. „— Wann aber die Zeit pro Conditione und bedinglich gesetzt wird, Als, wann Niclas (der etwan ein junges Kind ist) zu seinen Jahren kompt, Oder, wenn Anna ein ehrlichen Heuraht bekommet: Da muß dieselbig Conditio und die bestimpte Zeit erschienen seyn. Also, wann die bemeldte Personen, ehe sie dieselbig Zeit erleben, mit Todt abgehen, daß alsdann das Legat erloschen, und die Erben deß Legatarii nichts zu erfordern haben." Kayserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 66 § 3. „Gienge aber der Legatarius innerhalb der bestimmten Zeit vor Vollziehung der Condition und Geschicht mit Tod ab, so ist man seinen Erben etwas deßwegen zu bezahlen nicht verbunden." Churf. Maynztzisches L.-R. von 1755 Tit. XI § 4. „— wann einem etwas unter einer gewissen condition oder Bedingnuß vermacht worden, und der Legatarius stürbe, ehe die condition erfüllt würde, so hat das Legatum ein End —." Baierisches L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10 Nr. 14. „— wenn der Erbe pendente Conditione stirbt, so wird sie pro non impleta geachtet, folglich Facultas adimplendi nicht so, wie es in Contractibus et Actibus inter Vivos geschieht, auf seine Erben transmittirt." Kap. 6 § 8. „Vermächtnisse können und pflegen auch sub Conditione — verclausulirt werden, welchenfalls es mit selben die nämliche Beschaffenheit hat, wie mit dergleichen Erbeinsetzungen —." (v. Kreittmayr bemerkt zu der erst angeführten Vorschrift: „— welches zwar freilich nicht recht natürlich zu sein scheint, jedoch in jure scripto tam communi quam Bavarico guten Grund hat.")

[2]) Oesterr. bürg. G.-B. § 730. „Zur Erwerbung eines unter einer aufschiebenden Bedingung zugedachten Nachlasses ist nothwendig, daß die bedachte Person die Erfüllung der Bedingung überlebe —." (Unger § 16 Note 18 bemerkt, daß das westgal. Gesetzb. § 490 noch nach dem Vorbild des Preuß. L.-R. bestimmt hatte: „Stirbt der Erbe oder der Legatar noch vor der Erfüllung einer aufschiebenden Bedingung, so geht das Erbrecht insofern auf ihre Nachfolger über, als die Bedingung auch noch nach derselben Tode erfüllt werden kann" — daß jedoch passender Weise das bürg. G.-B. v. J. 1811

Im gedruckten Entwurfe des Landrechts war hierüber nichts gesagt. Erst bei der revisio monitorum warf Suarez die Frage auf:

> wie weit ein unter aufschiebender Bedingung eingesetzter Legatar sein Recht auf seine Erben transferire.

Er beantwortete dies dahin:

> Dies regulirt sich nach der Bestimmung des tit. II §§ 165. 166 (des gedruckten Entw.). Ist die conditio mere casualis, oder zwar potestativa, aber nicht an die Person des Erben gebunden, so transmittirt derselbe sein jus conditionatum oder conditio implendi auch auf seine Erben. Das legatum ex die wird pure transmittirt, sobald der dies bei dem Erben des Legatarii so gut, als bei ihm selbst, existiren kann.

Auf den Grund dieser Bemerkung ist der § 485 in das A. L. R. aufgenommen.[1])

Hiernach hat in unserem Recht die Frage, ob eine Nebenbestimmung als eine wahre Bedingung (conditio), oder nur als Zeitbestimmung (dies) aufzufassen sei, ihre Bedeutung verloren. Es kommt vielmehr Alles nur darauf an:

> ob die zur Bedingung gesetzte Thatsache von der Person des

---

zu den Bestimmungen des R. R. zurückgekehrt sei, da die Berufung zur Nachfolge höchstpersönlicher Natur und das Subjekt der Zuwendung durch den Willen des Erblassers individuell bestimmt sei: der bereits Berufene zwar das Recht zur Nachfolge transmittiren könne, nicht aber der noch nicht Berufene die bloße Eventualität berufen zu werden.) Vergl. § 705. „Ist der Zeitpunkt von der Art, daß er kommen muß; so wird das zugedachte Recht, wie andere unbedingte Rechte, auch auf die Erben der bedachten Person übertragen, und nur die Uebergabe bis zum gesetzlichen Termine verschoben." Sächs. bürg. G.-B. § 2009. „— Ist das Erbrecht von einer Bedingung abhängig, so fällt die Erbschaft dem Erben erst mit dem Eintritte der Bedingung an und er muß, um Erbe zu werden, diesen erlebt haben." § 2144. „Stirbt der Bedachte vor der Erfüllung der Bedingung, so ist die letztere als nicht eingetreten zu betrachten." Großh. Hessischer Entw. Abth. III Art. 191. „Jede letztwillige Verfügung verfällt, wenn der Erbe oder Vermächtnißnehmer, dessen Vortheil sie bezweckt, ... den Eintritt der Bedingung, unter welcher er bedacht ist, nicht erlebt." Code civ. art. 1040. „Toute disposition testamentaire faite sons nne condition dépendante d'nn événement incertain, et telle, que, dans l'intention dn testatenr, çette disposition ne doive être exécutée qu' antant que l'événement arrivera on n'arrivera pas, sera cadnqne, si l'héritier institné on le légataire décède avant l'accomplissement de la condition."

[1]) Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 191.

Bedachten untrennbar ist, so daß sie nur durch ihn zur Vollziehung kommen kann.[1])

Eine Thatsache solcher Art ist vor Allem das Wollen des Bedachten, sofern es wirklich zur Bedingung gesetzt, nicht bloß als ein müßiger Ausdruck des sich von selbst Verstehenden anzusehen ist.[2])

Man denke an den Fall: ein Testator verordnet:

„Sollte X ein Andenken von mir wünschen, so soll er aus meinem Nachlasse meine goldene Uhr erhalten."

Wenn X stirbt, ohne sich über die Annahme des Legats erklärt zu haben, so wird die Bedingung als eine an die Person des Legatars geknüpfte für fehlgeschlagen zu erachten sein.

Unter denselben Gesichtspunkt kann unter Umständen auch das eigentliche Wahlvermächtniß (optio legata) fallen.[3])

Aber auch eine von der Willensthätigkeit des Bedachten ganz unabhängige Bedingung kann an die Person desselben gebunden sein. So die Bedingung, welche darauf gestellt ist, daß der Bedachte ein gewisses Alter erreiche, selbst wenn sie ihrer Fassung nach als eine bloße Zeitbestimmung erscheint —[4]) vorausgesetzt immer, daß die Absicht des

---

[1]) Vergl. Koch, Recht der Ford. II S. 247 f. (2. Ausg.) Im Uebrigen ist es auf die Vererblichkeit des Rechts einflußlos, ob die Bedingung eine potestative oder eine casuelle ist. Striethorst, Archiv B. 11 S. 268 f.

[2]) Vergl. Gaj. l. 69 D. de cond. et dem. (35, 1): Si ita expressum erit: „Titio, si voluerit, do, lego," apud Labeonem Proculus notat, non aliter ad heredem legatarii pertinere, quam si ipse legatarius voluerit ad se pertinere, quia conditio personae injuncta videtur. Id. l. 65 § 1 D. de leg. 1: „Illi, si volet, Stichum do," conditionale est legatum, et non aliter ad heredem transit, quam si legatarius voluerit, quamvis alias, quod sine adjectione: „si volet," legatum sit, ad heredem legatarii transmittitur. Aliud est enim juris, si quid tacite contineatur, aliud, si verbis exprimatur.

Averan. Interpret. jur. Lib. II cap. 30 nr. 32—35. Sächs. bürg. G.-B. § 2118. „Hat ein Erblasser verfügt, daß der Bedachte das ihm Zugedachte erhalten soll, wenn er es haben will, so ist anzunehmen, daß die Verfügung von der Bedingung abhängen soll, wenn der Bedachte sich über die Annahme erklärt."

[3]) S. oben S. 27.

[4]) Pompon. l. 22 pr. D. quando dies leg. (36, 2): Si Titio, cum is annorum quatuordecim esset factus, legatum fuerit, et is ante quartum decimum annum decesserit: verum, ad heredem ejus legatum non transire, quoniam non solum diem, sed et conditionem hoc legatum in se continet, si effectus esset annorum quatuordecim: qui autem in rerum natura non esset, annorum quatuordecim non esse intelligeretur. Nec interest, utrum scribatur: „si annorum quatuordecim factus erit," an ita: cum priore

Testators nicht bloß dahin ging, die Auszahlung des Legats bis zu einem von ihm als gewiß angesehenen Zeitpunkte zu verschieben.[1])

---

scriptura per conditionem tempus demonstratur, sequenti per tempus conditio. Utrobique tamen eadem conditio est. l. 49 § 1, 2, 3 D. de leg. 1. l. 3 C. quando dies leg. (6, 53).

Hommel, Rhaps. II obs. 374. Heres meus Titiae centum solvat, si ad annum aetatis XVI. perveniet. Hoc legatum conditionem, non diem involvit, unde mortua ante XVI. legataria ejus legitimis heredibus nihil debetur.

Gebr. Overbeck, Medit. IV Nr. 243. Land-Recht der Markgr. Baaden &c. von 1710 Th. V Tit. 22 § 4. „— Wann aber die Zeit vor ein Condition und Beding gesetzt wird, als: wann Jacob zu seinen dreyßig Jahren kommt... alsdann muß solche Condition und bestimmte Zeit erfüllet werden."

[1]) l. 5 C. quando dies leg. (6, 53): Ex his verbis: „do lego Aellae Severinae, filiae meae, et Secundae decem: quae legata accipere debebit, cum ad legitimum statum pervenerit," non conditio fideicommisso, vel legato inserta, sed petitio in tempus legitimae aetatis dilata videtur. Et ideo si Aelia Severina, filia testatoris, cui legatum relictum est, die legati cedente, vita functa est: ad heredem suum actionem transmisit, scilicet ut eo tempore solutio fiat, quo Severina si rebus humanis subtracta non fuisset, vicesimum quintum annum aetatis implesset. Non coeptum enim annum, sed impletum, si de emolumento relicti fideicommissi tractetur, expectandum esse jurisprudentibus placuit.

Hierher gehört auch der in der Allgem. österr. Ger.-Zeit. 1865 S. 25 mitgetheilte, in letzter Instanz durch das Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 20. Oktober 1858 entschiedene Rechtsfall: M. vermachte dem N. 1500 Lire mit der Bestimmung, daß der Legatar diese Geldsumme erhalten solle, sobald er das 25. Lebensjahr erreicht habe. Nach dem Tode des M. starb N. im Alter der Minderjährigkeit. Die von dem Erben des Letzteren auf Zahlung jenes Legats erhobene Klage wurde in erster Instanz zurückgewiesen — in Erwägung, daß der Testator seinen Vermächtnißwillen von dem ungewissen Ereignisse abhängig gemacht habe, daß der Honorirte das 25. Lebensjahr erreiche, deshalb aber das Legat als ein bedingtes zu qualifiziren sei, um so mehr, da den Testator die Absicht leitete, dem Legatar nach erreichtem 25. Lebensjahre eine Versorgung zuzuwenden, nicht aber, falls derselbe früher stürbe, auch seine Erben zu honoriren. In den beiden folgenden Instanzen ist jedoch nach dem Klageantrage entschieden worden. Gründe: Nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte, womit der Testator die zur Frage stehende Anordnung aussprach, enthält dieselbe nicht den Zusatz einer Bedingung, sondern nur die Festsetzung eines Zeitpunkts, in welchem der Honorirte die ihm vermachte Geldsumme erhalten soll. Dieser Termin ist aber von der Art, daß er kommen muß, und schließt daher den Begriff einer Bedingung aus. Mithin erwarb N. sofort mit dem Tode des Testators das ihm zugedachte Recht und übertrug es auf seine Erben.

---

§ 486. «Was vorstehend von der aufschiebenden Bedingung verordnet ist (§§ 478—485), gilt auch alsdann, wenn Jemandem eine Erbschaft oder Vermächtniß, nur von einem gewissen Tage an, beschieden worden.»

§ 487. «Doch findet in diesem Falle die Verzinsung oder Herausgabe der Früchte und Nutzungen von diesem Tage an, ohne weiteres Anmelden des Erben oder Legatarii, Statt. (§ 484).»

298. In Betreff des rücksichtlich der Erbeseinsetzung vom römischen Recht durchaus abweichenden Grundsatzes des § 486 ist auf die früheren Erörterungen (B. I S. 396 f. S. 526 f. und oben S. 82 f.) zu verweisen.

Die Vorschrift des § 487 beruht einfach darauf, daß in dem vorausgesetzten Falle (eines dies certus, im Gegensatze zu dem Falle des § 484) der Grundsatz sich geltend macht: dies interpellat pro homine.[1])

Von auflösenden Bedingungen.

§ 488. «Ist eine Erbschaft oder ein Vermächtniß unter einer auflösenden Bedingung verlassen, so steht der Erbe oder Legatarius gegen den, welchem bei dem Eintritte der Bedingung die Erbschaft oder das Vermächtniß, nach der Verordnung des Testators, oder nach den Gesetzen anheimfällt, in eben dem Verhältnisse, wie der eingesetzte Erbe oder Legatarius gegen den fideicommissarischen Substituten. (§ 466 ff.)»

299. Auch in Betreff dieser Vorschrift wird auf die Nr. 298 in Bezug genommenen früheren Erörterungen verwiesen.[2])

---

[1]) Vergl. §§ 67, 69 Tit. 16 Th. I A. L.-R. Es handelt sich hier natürlich nur um die in die Zeit nach Eintritt des dies fallenden Früchte und Nutzungen. Die bis dahin bezogenen behält der Beschwerte, falls nicht der Testator ihm auch deren Herausgabe auferlegt hat. Pompon. l. 43 § 2 D. de leg. 2: Pegasus solitus fuerat distinguere, si in diem fideicommissum relictum sit, veluti post annos decem, interesse, cujus causa tempus dilatum sit, utrumne heredis, quo casu heredem fructum retinere debere, an legatarii, veluti si in tempus pubertatis ei, qui impubes sit, fideicommissum relictum sit; tunc enim fructus praestandos et antecedentis temporis. Et haec ita

Von mehreren Bedingungen.

§ 490. «Hat der Erblasser, unter verschiedenen aufgelegten Bedingungen eine zu wählen, ohne weitere Bestimmung, freigelassen; so steht die Wahl bei demjenigen, welcher mit der Bedingung beschwert worden.»

300. Dieser Grundsatz gilt auch nach römischem Recht.[3]) Wird in einem Testamente eine und dieselbe Zuwendung unter verschiedenen Bedingungen gemacht, oder in der Art, daß dieselbe einmal bedingt, das andere Mal unbedingt ausgedrückt ist, so handelt es sich um die

---

intelligenda sunt, si non nominatim adjectum sit, ut cum incremento heres fideicommissum praestet.

[2]) Vergl. in Betreff des röm. Rechts die Abhandlungen von Wening-Ingenheim, Zimmern und Thibaut im Archiv für die civ. Praxis I S. 138 f. V S. 317 f., VII S. 125 f., S. 363 f. W. Sell, Versuche auf dem Gebiete des Civilr. II S. 254 f. F. Lassalle, das Wesen des Röm. und German. Erbrechts S. 64, 65. Köppen, die Erbschaft S. 110.

[3]) § 11 J. de her. inst. (2, 24): Si plures conditiones institutioni adscriptae sunt, si quidem conjunctim, ut puta „si illud et illud factum erit" omnibus parendum est; si separatim, veluti „si illud, aut illud factum erit," cuilibet obtemperare satis est. Paul. l. 5 D. de cond. inst. (28, 7): Si heredi plures conditiones conjunctim datae sint, omnibus parendum est, quia unius loco habentur; si disjunctim sint, cuilibet. Modestin. l. 51 D. de cond. et dem. (35, 1): Sub diversis conditionibus disjunctim positis liber esse jussus, eam conditionem eligere potest, quae sibi levior esse videbitur . . . Papin. l. 78 § 1 eod.: Disjunctivo modo conditionibus adscriptis alteram defecisse non oberit, altera vel postea impleta; nec interest, in potestate fuerint accipientis conditiones, an in eventum collatae.

Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken Th. III Tit. 42 § 13.„— Wann der Testirer sagt: Wofern N. auf die hohe Schule ziehet, und meine Schwester zur Ehe nimmt, soll er mein Erb seyn: diese zwey an einander hangende conditiones müßten beyde erfüllet werden: Wann aber der Testator spreche: Wann N. auf die hohe Schul ziehet, oder meine Schwester zur Ehe nimmt: dißfalls seynd die conditiones nicht an einander geknüpffet, und es ist genug, daß deren eine erfüllet werde." (Ein ähnliches Beispiel gibt das Land-Recht der Markgrafsch. Baaden &c. von 1710 Th. V Tit. 10 § 17, 18.)

Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10. „— Alle übrigen von dem Testator vorgeschriebenen Conditionen, sie seyen gleich potestativae, casuales vel mixtae, müssen 3tio vollkommen und specifice... und in Dispositione conjunctiva sämmtlich, in disjunctiva aber eine oder andere erfüllt werden —." Vergl. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideic. Abth. 1 S. 229 Note 9.

Willensauslegung. Das römische Recht hatte hierbei — mit Unterscheidung zwischen Erbeinsetzung und Vermächtniß — feste Regeln aufgestellt, die für uns nicht bindend sind.[1])

Erfüllung der Bedingungen.[2])

§ 491. «Ist die der Verordnung beigefügte Einschränkung für eine wirkliche Bedingung zu achten, dergestalt, daß das Recht des Erben oder Legatarii von dem Ereignisse, welches eintreffen oder nicht eintreffen soll, abhängig gemacht worden; so muß dieselbe schlechterdings erfüllt werden. (Tit. 4 § 100.)»

§ 492. «Es hängt von einem solchen Erben oder Legatario nicht ab, nur einen Theil, oder nur einige von mehreren ihm zusammen aufgelegten Bedingungen zu erfüllen, und dagegen auch nur einen Theil des ihm zugedachten Vortheils zu verlangen.»

301. Die Bedingung muß im Sinne des Testators genau und vollständig erfüllt werden,[3]) also von mehreren zusammen auferlegten Bedingungen eine jede.[4]) Die nur theilweise geschehene Erfüllung steht der Nichterfüllung gleich.[5])

---

[1]) Bei Erbeinsetzungen galt die Regel, daß die unbedingte als die plenior die bedingte absorbire und die mehreren Bedingungen als alternativ beigefügt angesehen werden. l. 27 § 1, 2, l. 6, 7 D. de her. inst. 28, 5, l. 17 D. de cond. inst. 28, 7), bei Vermächtnissen wurde stets die letzte Verfügung als die gültige angenommen (l 12 D. de leg. 1, l. 40 § 2. l. 51 pr., l. 87, 89 D. de cond. et dem. 35, 1). Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 187 f. Arndts in Weiske's Rechtslex. III S. 928. v. Vangerow II S. 138.

[2]) Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 210—229.

[3]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XI tit. 16. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 65 nr. 14—16. praes. 182, 183, 185. Oesterr. bürg. G.-B. § 699. „Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, so kann das davon abhangende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars oder eines Dritten abhangen."

[4]) — quia unius loco habentur l. 5 pr. D. de cond. et dem. (s. oben S. 127 Note 3). Wenn daher auch nur die eine Bedingung fehlschlägt, so ist die letztwillige Zuwendung kraftlos geworden. W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilrechts Th. II S. 70—72. Vergl. auch die in der gedachten Note angeführten Partik.-Rechte.

[5]) Julian. l. 23 D. de cond. et dem. (35, 1): Qui duobus heredibus decem

Ob der zur Bedingung gesetzte Umstand an sich ein rechtliches Interesse darbietet oder nicht, ist gleichgültig, da er ein solches jedenfalls dadurch gewinnt, daß er zur Bedingung gemacht ist, also sein Fehlschlagen Demjenigen zum Vortheil gereicht, der für diesen Fall das bedingungsweise Zugewendete erhält oder behält.[1])

Hiermit hängt die Frage zusammen:

> ob Letzterer die Bedingung wirksam erlassen könne, so daß die letztwillige Verfügung als eine unbedingte oder die Bedingung als eingetreten zu betrachten sei.

Wir werden diese Frage unbedingt zu verneinen haben, ohne Unterschied, ob der Testator mit jener Beschränkung seiner Willensordnung sein eigenes Interesse, oder das des Bedachten selbst, oder das gemeine Beste, oder den Vortheil eines Dritten bezweckt hat, oder keiner dieser Fälle vorliegt.

Hat der Erblasser nur einen bedingten Berufungswillen ausgesprochen, so kann dieser auch nur durch den Eintritt der Bedingung zur Wirksamkeit gelangen, weil der Erblasser eben nur unter dieser Voraussetzung die Berufung **gewollt** hat. An die Stelle dieses Willens kann sich kein anderer Wille setzen und die dem ersteren, als dem allein berechtigten und entscheidenden, beigefügte Beschränkung für

---

dare jussus est, et fundum sibi habere, verius est, ut conditionem scindere non possit, ne etiam legatum scindatur. Igitur quamvis alteri quinque dederit, nullam partem fundi vindicabit, nisi alteri quoque adeunti hereditatem reliqua quinque numeraverit, aut illo omittente hereditatem ei, qui solus adierit hereditatem tota decem dederit. Javolen. l. 56 eod.: Cui fundus legatus est, si decem dederit, partem fundi consequi non potest, nisi totam pecuniam numerasset —.

Muelleri addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. 35 th. 97 not. δ... II. Conditio debet adimpleri **totaliter**, non partialiter, cum vel in minimo deficiat, actus corruat, nec dicatur illi satisfactum. III. Conditio, quando est **individua**, nisi tota impleatur, in nihilo censetur impleta.

Bayerischer Entw. eines bürg. G.-B. Th. I Art. 49. „Eine Bedingung, welche nicht vollständig erfüllt worden ist, wird so angesehen, als sei sie gar nicht erfüllt —."

[1]) Vergl. Valens l. 19 D. de leg. 3: Si tibi legatum est vel fideicommissum relictum, uti quid facias, etiam si non interest heredis id fieri, negandam tibi actionem, si non caveas heredi futurum, quod defunctus voluit, Nerva et Atilicinus recte putaverunt.

Hierbei wird jedoch vorausgesetzt, daß die Bedingung nicht eine unverständige ist. l. 27 pr. D. de cond. inst. (28, 7) (s. B. I S. 442 f.).

aufgehoben oder erledigt erklären. Es hieße dies eine neue Willensordnung schaffen.

302. Liegt eine wahre Bedingung vor, so kann es sich immer noch fragen:

> was davon abhängig gemacht ist — ob die Berufung selbst, oder nur der Umfang derselben.

Z. B. der Testator verordnet:

> Derjenige meiner beiden Brüder, welcher die X heirathet, soll $^2/_3$, der Andere $^1/_3$ meines Nachlasses erben.

Die X ist noch bei Lebzeiten des Erblassers gestorben.

Hier ist anzunehmen, daß nicht die Erbeinsetzung selbst, sondern nur die Verschiedenheit der Erbantheile durch die Heirath habe bedingt sein sollen. Da diese Bedingung weggefallen ist, so erhalten beide Brüder gleichen Theil an der Erbschaft.[1])

---

§ 493. «Ist aber der dem Erben oder Legatario zugedachte Vortheil vor, oder (bei einer auflösenden Bedingung) während der Zeit seines Besitzes, durch Zufall, ohne sein, auch nur geringes Versehen vermindert worden; so kann derselbe eine verhältnißmäßige Minderung der ihm aufgelegten Lasten fordern.»

§ 494. «Können jedoch dergleichen Lasten zu Gelde nicht angeschlagen werden, und bestehen sie auch nicht in gewissen zur bestimmten Zeit zu wiederholenden Prästationen, so muß selbst in einem solchen Falle (§ 493) die Bedingung vollständig erfüllt werden.»

303. Diese Vorschriften gehören nur insofern hierher, als die dem Bedachten aufgelegten Lasten in die Form einer **Bedingung** gekleidet

---

[1]) So wird auch von den röm. Juristen der Fall entschieden. Papin. l. 24 D. de cond. inst. (28, 5): „Qui ex fratribus meis Titiam consobrinam uxorem duxerit, ex besse heres esto; qui non duxerit, ex triente heres esto." Vivo testatore consobrina defuncta, ambo ad hereditatem venientes semisses habebunt, quia verum est, eos heredes institutos, sed emolumento portionum eventu nuptiarum discretos. Ebenso Ulp. l. 9 § 10, 11 eod. l. 2 § 6 D. de b. p. sec. tab. (37, 11). cf. Paul. l. 81 pr. D. de cond. inst. (28, 5).

sind.[1]) Sie sind jedoch nicht mit dieser Beschränkung zu verstehen, sondern beziehen sich allgemein auf den Fall, wenn die zu Gunsten eines Dritten beschränkte Zuwendung eine zufällige Schmälerung erleidet; so im Falle eines Untervermächtnisses.[2])

---

§ 495. «Hängt die Erfüllung der Bedingung von demjenigen ab, welcher damit beschwert worden ist, und hat der Erblasser keine Frist dazu bestimmt; so können diejenigen, welchen daran gelegen ist, auf richterliche Bestimmung einer verhältnißmäßigen Frist antragen.»

§ 496. «So lange dieses nicht geschehen ist, kann der bedingt eingesetzte Erbe oder Legatarius noch innerhalb dreißig Jahren vom Tode des Erblassers an, die Bedingung erfüllen, und sich dadurch den zugedachten Vortheil verschaffen.»

§ 497. «Wem der Vortheil zufalle, wenn die Bedingung, unter welcher derselbe dem Erben oder Legatario zugedacht worden, nicht eintrifft, ist nach den Grundsätzen vom Zuwachse zu beurtheilen. (§§ 281—287, §§ 366—372.)»

304. Hat der Testator die Erfüllung der Bedingung an eine be-

---

[1]) Z. B.: es ist Jemanden eine Sache unter der Bedingung vermacht, daß er einem Dritten etwas leiste. Julian. l. 96 § 2 D. de leg. 1: Si tibi servus legatus fuerit, et petitum a te, ut Titio aliquid praestares usque ad pretium servi, deinde servus decesserit, nihil fideicommissi nomine praestare cogendus eris.

Paul. l. 44 § 9 D. de condit. et dem. (35, 1): Si pars rei legatae usucapta sit, an in solidum parendum sit, dubito. Et potest dici, pro parte parendum ex sententia testatoris.

Hierher gehört auch der Fall, wenn die gegen Zahlung eines bestimmten Preises vermachte Sache durch Zufall verschlechtert worden ist. Hier kann der Legatar eine verhältnißmäßige Herabsetzung des Preises verlangen, weil die Verpflichtung zu dieser Preiszahlung als eine auf das Legat gelegte Last zu betrachten ist. Vergl. Voet, com. ad P. 28, 7 § 5: — si uni, cui fundus legatur, imposita conditio dandi decem, quinque praestando non recte dimidiam petit fundi partem, nisi dimidia fundi pars jam ab alio usucapta, vel a vivo testatore alienata sit, et ob id desierit ex causa legati debita esse: tunc enim etiam conditio minuitur...

[2]) Vergl. B. I S. 611 Note 1.

stimmte Frist[1]) gebunden, es sei dies ein Zeitpunkt, an welchem, oder ein Zeitraum, innerhalb welchem Etwas geschehen soll,[2]) so gehört zur Erfüllung der Bedingung auch die Innehaltung der festgesetzten Frist, dergestalt, daß nach Ablauf derselben die Bedingung als fehlgeschlagen gilt.[3])

Ist keine Frist bestimmt, so kommt es zunächst auf den Inhalt der Bedingung an. Besteht diese in einem zufälligen Ereigniß, so muß der Eintritt desselben abgewartet werden, so lange er noch möglich ist. Handelt es sich dagegen um eine Potestativbedingung, so kommt die allein auf diesen Fall berechnete Vorschrift der §§ 495, 496 zur Anwendung. — Auch das römische Recht gestattet unter Umständen eine richterliche Fristbestimmung auf Antrag der Betheiligten.[4]) Nach heutigem Recht kann diese richterliche Thätigkeit nur im Prozeßwege mittelst einer förmlichen Klage angerufen, also die angemessene Frist mit den Folgen ihrer Nichtinnehaltung nur durch Urtheil bestimmt werden. Uebrigens ist zu bemerken, daß bei uns das Bedürfniß eines solchen

---

[1]) In Betreff der Zeit der Erfüllung der Bedingung ist überhaupt zu verweisen auf: Endemann, de implendae conditionis tempore (Marb. 1821). Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 229—241.

[2]) Der Unterschied zwischen diesen beiden Fällen besteht nur darin, daß im ersteren (si Calendis Januariis hoc factum fuerit) die Bedingung nicht vor dem festgesetzten Zeitmomente, im letzteren dagegen (si intra biennium hoc factum fuerit) auch in der Zwischenzeit erfüllt werden kann, vorausgesetzt, daß sie nicht in einer, sich nothwendig auf den ganzen Zeitraum erstreckenden (und also einen dauernden Zustand voraussetzenden) Handlung oder Unterlassung besteht.

[3]) Celsus l. 23 pr. D. de statulib. (40, 7): „Si intra quinquennium Stichus centum dederit, liber esto," nec Titio, vel heredi, vel emtori post quinquennium dabit. Scaevola l. 41 § 12 D. de fideic. lib. (40, 5): Intra certa tempora conditioni reddendarum rationum non paruerunt; postea parati erant; quaesitum est, an perveniant ad libertatem. Respondit: si per ipsos stetisset, quominus intra tempora praescripta conditioni parerent, non idcirco liberos fore, quod postea rationes velint reddere. cf. l. 41 § 1 D. de man. test. (40, 4).

[4]) Vergl. l. 23 pr. § 1—4 D. de her. inst. (28, 5), l. 1 D. de cur. bon. (42, 7), l. 63 § 7, 8, l. 64 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1). Voet, com. ad P. 28, 7 nr. 27. Muelleri addit. ad Struv synt. jur. civ. Exerc. 33 th. 51 not. β: — A Judice potest tempus, intra quod conditioni paretur, praefigi.

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10. „—13tio Kann der Erbe in Conditione potestativa affirmativa, welche nämlich in faciendo bestehet, auf Instanz der Gläubiger, substituirten Erben, oder anderer Interessenten zur Erfüllung sub Poena Conditionis pro non impleta habendae angehalten werden."

richterlichen Einschreitens kaum hervortreten kann, da nach dem im § 478 und 482 aufgestellten Grundsatze während des Schwebens der Bedingung ein Zustand besteht, der gerade Demjenigen zum Vortheil gereicht, der an der Nichterfüllung der Bedingung ein Interesse hat.

Die Bestimmung des § 496 wird ebenfalls nach gemeinem Rechte angenommen.[1]) Dieselbe verstößt jedoch, insofern sie die Erfüllung der Bedingung nur innerhalb eines 30jährigen Zeitraumes zuläßt — abgesehen davon, daß dieser Zeitraum nicht „vom Tode des Erblassers," sondern nur von dem Bekanntwerden der letztwilligen Verfügung an gerechnet werden könnte — gegen den obersten Grundsatz der Verjährung durch Nichtgebrauch (und eine solche ist hier unzweifelhaft gemeint):

> „daß die Verjährung von dem Tage anfängt, wo die Erfüllung der Verbindlichkeit zuerst gefordert werden konnte."[2])

Das Recht, um dessen Erlöschung es sich hier handelt, ist allein das Erbrecht bez. das Vermächtnißrecht selbst. Denn von einem Rechte zur Erfüllung der Bedingung läßt sich gar nicht sprechen; es ist dies kein Recht, sondern eine bloße facultas — ein Mittel zum Erwerbe eines Rechts. Jenes durch die letztwillige Verfügung verliehene Recht ist aber ein **bedingtes**, so daß erst mit Eintritt der Bedingung ein der Verjährung unterliegendes Klagerecht (actio nata) gegeben ist.[3])

---

[1]) Voet, com. ad P. 28, 7 nr. 27: — Sicut heredi secundum omnium sententiam jus deliberandi totis triginta annis competit, et ob id totis quoque triginta annis conditionis potestativae implendae facultas est, nisi a creditoribus aut legatariis aut substitutis (quorum interest, ut constet an heres esse velit nec ne) petatur, certum tempus ei a praetore praefiniri, intra quod pareat conditioni, atque ita adeat — ita quoque legatario jus deliberandi competere, an legatum acceptare velit, nec ne, patet ex l. 31 D. de test. mil. l. 15 D. de reb. dub. nec magis legatario quam heredi certum tempus ad deliberandum a jure praefinitum est, si nullus urgeat; cui consequens est, ut et diutius potestativae conditionis implementum trahere possit; nisi illi, quorum interest eam impleri, desiderent certum ei tempus arbitrio praetoris ad implendum dari...

Vergl. dagegen Berlich, Conclus. pract. P. II concl. 3 nr. 24. Conditioni autem potestativae nunquam praescribitur, sed ea semper usque ad ultimum vitae spiritum adimpleri potest.

[2]) § 545 Tit. 9 Th. I A. L.-R.

[3]) Vergl. die „Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" VII S. 454.

Von Bedingungen, die Mehreren aufgelegt sind.[1])

§ 498. «Ist Mehreren zusammengenommen eine Bedingung aufgelegt worden, welche von einem derselben, nach der aus der Verordnung und den Umständen erhellenden Absicht des Erblassers, vollständig erfüllt werden kann; so kommt die von einem unter ihnen geleistete Erfüllung den übrigen zu statten.»

§ 499. «Soll die Erfüllung von Allen geleistet werden, und das Vermächtniß ist dem ganzen Inbegriffe der Legatarien zugedacht; so wächst der Antheil der Nichterfüllenden den übrigen zu.»

§ 500. «Hat aber der Testator den Antheil eines Jeden an dem Legate ausdrücklich bestimmt, so fällt die Portion des Nichterfüllenden in den Nachlaß zurück.»

305. Eine Bedingung kann in verschiedenem Sinne und mit verschiedener Wirkung Mehreren auferlegt werden:

a) in der Art, daß sie als ein Ganzes durch die Zusammenwirkung Aller zur Erfüllung gebracht werden soll und nur unter dieser Voraussetzung in Betreff jedes Einzelnen als erfüllt gilt,

b) in der Art, daß sie zwar vollständig erfüllt werden soll, jedoch das Recht des Einzelnen, der das Ganze leistet, von der Mitwirkung der Uebrigen nicht abhängt, diese vielmehr, weil sie ihrerseits die Bedingung unerfüllt gelassen, von Jenem ausgeschlossen werden,

c) in der Art, daß durch die Seitens des Einen geleistete vollständige Erfüllung auch in Ansehung der Uebrigen die Bedingung als erfüllt gilt,

d) in der Art, daß jedem Einzelnen die Erfüllung nur theilweise auferlegt ist, Jeder aber auch durch diese Erfüllung nur den ihm bestimmten Antheil an der Zuwendung erwerben kann.

Welcher von diesen verschiedenen Fällen vorliegt, ist eine Frage der Willensauslegung, wobei die Beschaffenheit der zur Bedingung gesetzten Leistung, ob sie theilbar oder untheilbar, vorzugsweise in Betracht

[1]) In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. Th. II S. 65—68. Heimbach in Weiske's Rechtslex. I S. 774, 775.

kommt. Die römischen Juristen neigen sich bei Untheilbarkeit der Leistung entschieden dahin, den Fall zu b anzunehmen, wofern nicht eine entgegengesetzte Willensmeinung ausgesprochen, also nach der klaren Absicht des Testators entweder der Fall zu a oder der zu c als vorhanden zu betrachten ist.[1]) Und diese Ansicht hat auch Justinian zu der seinigen gemacht.[2])

Unser Landrecht dagegen hat im § 498 eine Rechtsvermuthung für den Fall zu c ausgesprochen. Dies ist schwerlich zu rechtfertigen. Hat der Erblasser Mehreren eine von ihnen zu leistende Handlung als Bedingung auferlegt, so spricht schon die Fassung dafür, daß er die Be-

---

[1]) Ulp. l. 13 pr. D. de man. test. (40, 4): Si ita fuerit servis duobus libertas data: „si insulam aedificaverint, vel si statuam posuerint," dividi haec conditio non poterit; solummodo illud habebit dubitationem, an altero faciente satisfactum voluntati videatur, ideoque ad libertatem perveniat? Quod magis est, nisi aliud expressit testator; faciendo tamen sibi conditionem implevit, alteri non: quinimo extinguitur ei conditio: nec enim amplius parere conditioni potest, quum semel expleta sit. § 1. Idem quaeri potest, et si fabris duobus vel pictoribus, si membrum depinxissent vel si fabricassent navem, quid adsriptum sit; nam voluntatis erit quaestio, num alteri alterius facti conditionem junxerit. Quae res efficit, ut, quoad alter cessat, alteri quoque, qui facere paratus est, conditio deficiat. Quodsi ex his, quae scripsit vel dixit, ostenditur contentus esse testator, vel alterum facere, res erit expedita; nam alter faciendo aut et sibi et socio proderit, aut sibi tantum, prout voluisse testatorem apparuerit. Alphenus l. 44 D. de her. inst. (28, 5): Paterfamilias testamento duos heredes instituerat; eos monumentum facere jusserat in diebus certis, deinde ita scripserat: „qui eorum non ita fecerit, omnes exheredes sunto." Alter heres hereditatem praetermiserat; reliquus heres consulebat, quum ipse monumentum instruxisset, numquid minus heres esset ob eam rem, quod coheres ejus hereditatem non adiisset. Respondit: neminem ex alterius facto neque hereditati alligari, neque exheredari posse, sed uti quisque conditionem implesset, quamvis nemo adiisset praeterea, tamen eum heredem esse. cf. Pompon. l. 112 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Tales conditiones: „si monumentum (puta) fecerint," pluribus propositae, non possunt nisi in omnibus simul personis existere.

[2]) l. 6 C. de cond. inst. (6, 46): Si plures personae unam conditionem implere fuerint jussae, apud Ulpianum dubitabatur, utrumne omnes simul eandem facere debeant, an singuli quasi soli implere eam compellantur. Videtur autem nobis, unumquemque necessitatem habere conditionem implere, et pro portione sibi contigente accipere, quicquid ex hoc commodi est: ut hi quidem, qui compleverint jussa, ad lucrum vocentur, qui autem neglexerint, sibi imputent, si ab hujusmodi commodo repellantur.

In Betreff des oben zu d gedachten Falles vergl. l. 54 § 1, l. 56, l. 112 § 2 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 13 § 1 D. de man. test. (40, 4).

rufung eines Jeden von einer („ut testamento pareatur" vorzunehmenden)[1]) Willenshandlung desselben abhängig gemacht, also nicht bloß den Erfolg der Handlung (das opus faciendum) im Auge gehabt hat. Ist aber dies der Fall, dann kann die von dem Einen geleistete Erfüllung die Willensthätigkeit des Andern nicht ersetzen.[2])

Zur Erklärung der Vorschriften unseres Landrechts dient übrigens eine Bemerkung von Suarez in der revisio monitorum zum ungedruckten Entwurf.[3])

---

[1]) Vergl. l. 11 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1).

[2]) Eine ähnliche Vorschrift wie unser Landrecht enthält übrigens auch der Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 § 10. „— 10mo. Wenn mehrere Erben unter einerley unzertrennlicher Condition instituirt sind, so wird sie auch nur für eine Condition gehalten, und ist mithin genug, wenn sie nur von einem erfüllt wird, sonst aber muß sie Jeder erfüllen."

Das Sächs. bürg. G.-B. bestimmt § 2139. „Sind mehrere Personen unter einer Bedingung, deren Gegenstand theilbar ist, letztwillig bedacht und ist auch der Gegenstand der letztwilligen Zuwendung theilbar, so braucht der Einzelne, um seinen Antheil an der Zuwendung zu erhalten, die Bedingung blos zu seinem Antheile zu erfüllen. Ist der Gegenstand der Bedingung untheilbar, so muß der Einzelne, um seinen Antheil an der Zuwendung zu erhalten, die Bedingung ganz erfüllen. Ist der Gegenstand der Zuwendung untheilbar, so kann der Einzelne die Zuwendung, wenn er sie überhaupt abgesondert von den anderen Mitbedachten zu erwerben vermag, nur dann erwerben, wenn er die Bedingung, ohne Unterschied, ob sie theilbar oder untheilbar ist, ganz erfüllt."

[3]) Suarez sagt hier:

Die zur Bedingung gemachte Handlung kann von der Art sein:

1) daß sie Einer erfüllen kann, z. B. es soll mir ein Epithaphium errichtet werden;

2) daß sie Alle die Handlung verrichten, z. B. die Legatarien sollen 100 Thlr. haben, wenn sie meinem Begräbnisse beiwohnen. Hier müssen Alle erscheinen. Wenn nur Einige erscheinen, so kommt es darauf an: ob nur ein Legat, oder ob deren mehrere gemacht sind, und den Percipienten eine Bedingung auferlegt worden. Ersten Falls erwerben die Erfüllenden die Portion oder das Legat der Nichterfüllenden jure accrescendi, letzteren Falls fallen die Legate der Nichterfüllenden an die Erben zurück. Z. B. ich vermache den hiesigen Chorschülern zusammmen 100 Thlr., wenn sie meinem Begräbnisse beiwohnen. Alsdann erhalten die Erscheinenden auch die Portion der Ausgebliebenen. Heißt es aber: ich vermache den hiesigen Chorschülern, wenn sie meinem Begräbnisse beiwohnen, jedem 100 Thlr., so fallen die Antheile der Ausgebliebenen an die Erben zurück.

Bornemann VI S. 117.

Von schon erfüllten Bedingungen.

§ 501. «Ist die Bedingung schon bei dem Leben des Erblassers, oder vor der Publikation seines Testamentes eingetroffen, so hat es dabei sein Bewenden.»

§ 502. «Besteht jedoch die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatarii, welche von ihm wiederholt werden kann; so ist derselbe zu dieser Wiederholung verpflichtet.»

§ 503. «Wenn aber aus dieser Wiederholung entweder an sich, oder in Beziehung auf die aus der Verordnung oder den Umständen sich ergebende Absicht des Testators, kein Nutzen zu erwarten ist; so hat es bei den Vorschriften des vierten Titels §§ 133—135 sein Bewenden.»

306. Die in den §§ 501. 502 aufgestellten Grundsätze sind im Wesentlichen dieselben, wie sie uns die römischen Juristen, als in der Natur der Sache begründet,[1]) lehren. Aber ihre Fassung ist ganz verfehlt, weil dieselbe gerade den Gesichtspunkt, worauf es hier allein ankommt, nicht hervortreten läßt. Daß eine schon erfüllte („eingetroffene") Bedingung keiner Wiederholung bedarf, braucht uns der Gesetzgeber nicht zu sagen. Diesem Satze wird aber noch dazu in Form einer Ausnahme der andere an die Seite gestellt, daß bei einer zur Bedingung gesetzten Handlung eine solche Wiederholung, wo möglich, geschehen muß, wofern nicht, wie der folgende § hinzufügt, wegen der obwaltenden Umstände eine richterliche Dispensation zu erwirken ist.

Das Richtige und auch wohl das Gemeinte ist: Man hat zu unterscheiden: Ist ein von der Willensthätigkeit des Berufenen ganz unabhängiges Ereigniß zur Bedingung gesetzt, so kommt es auf den Zeitpunkt des Eintrittes gar nicht an. Die Bedingung gilt als erfüllt, sobald das Ereigniß — gleichviel ob vor oder nach dem Tode des Erblassers — geschehen ist.[2])

[1]) Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 229—236. v. Vangerow II § 435.

[2]) Ulp. l. 2 D. de cond. et dem. (35, 1): Conditionnm quaedam sunt, qnae quandoqne impleri possunt etiam vivo testatore, ntpnta: „si navis ex Asia venerit;" nam quandoque venerit navis, conditioni paritum videtur... Id. l. 10 § 1 eod.: Si sic legatum sit: „si navis ex Asia venerit," et

Das Gleiche findet statt bei einem nur durch die Willenshandlung des Berufenen herbeizuführenden Ereignisse, sofern anzunehmen ist, daß der Testator nur diesen Erfolg im Auge hatte[1]) — eine Annahme, die keinen Zweifel leidet, wenn die Handlung von der Art ist, daß sie eine Wiederholung nicht füglich zuläßt, die aber andererseits dadurch ausgeschlossen wird, daß der Erblasser bei der Testamentserrichtung wußte, daß der betreffende Umstand schon damals eingetreten war.[2])

---

ignorante testatore navis venerit testamenti facti tempore, dicendum, pro impleta haberi... Paul. l. 11 § 1 eod.: — Non promiscuas (conditiones) etiam vivo testatore existere posse, veluti „si Titius consul factus fuerit." l. 7 C. de inst. et subst. (6, 25): Si quis heredem scripserit sub tali conditione: „si ille Consul factus fuerit, vel Praetor," ... sancimus: quandocunque impleta fuerit conditio, sive vivo eo, sive mortis tempore, sive post mortem, conditionem videri esse completam. Quod et in legatis et fideicommissis et libertatibus obtinendum esse censemus.

[1]) Ulp. l. 10 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Haec conditio: „filiae meae, quum nupserit," talis est, ut qui testatus est, impleri solummodo conditionem voluerit, non satis egerit, quando. Et ideo, si vivo testatore nupserit post testamentum factum, impleta conditio videtur, praesertim quum conditio haec talis est, ut semel impleri debeat... Id. l. 19 pr. eod.: In conditionibus primum locum voluntas defuncti obtinet, eaque regit conditiones. Denique et in ea conditione: „si filia mea cum Titio nupta erit," placuit, non semper mortis tempus observari, sed voluntate patrocinante tardius produci. Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 7 Tit. 13 § 11 Nr. 7. „Die Condition muß regulariter nach dem Tode des Testatoris existiren, und ist nicht genug, wann bey seinem Leben einige dergleichen Casus existiret sind. — Ein anders ist, wann die Conditio potestativa ist, und dasjenige, was der Testator durch dergleichen Condition verlangt hat, wirklich bey seinem Leben geschehen ist. Wenn also z. B. der Testator den Cajum zum Erben einsetzet, wann er studiren würde, wann er zur Evangelischen Religion treten würde rc. und der Erbe bey dem Absterben des Testatoris schon die Studia absolviret hat, zur Evangelischen Religion getreten ist rc., so wird die Conditio pro impleta gehalten.

[2]) Ulp. l. 9 D. de cond. et dem. (35, 1): Solemus dicere eum, qui „in tempus liberorum" uxori legat, de his non sensisse, quos jam tunc uxor habuit, quum testaretur maritus. Paul. l. 11 pr. eod.: Si jam facta sint, quae conditionis loco ponuntur, et sciat testator, quae iterum fieri possunt, exspectentur, ut fiant; si vero nesciat, praesenti debeantur. Javol. l. 68 eod.: Si ita legatum esset: „quum nupserit," si nupta fuerit, et hoc testator scisset, alterum matrimonium erit exspectandum; nihilque interest, utrum vivo testatore, an post mortem ea iterum nupserit. Vergl. Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 6 def. 3.

Sächs. bürg. G.-B. § 2145. „War ein zur Bedingung gemachtes Ereigniß zur Zeit der Errichtung des letzten Willens eingetreten, kann

In allen übrigen Fällen muß die zur Bedingung gestellte Handlung von dem Berufenen nach dem Tode des Erblassers, im Bewußtsein der ihm gemachten Auflage, vorgenommen werden. Nur dadurch wird die Bedingung erfüllt.[1])

Der oben hervorgehobene Unterschied, ob die dem Testamente gemäße Willenshandlung selbst, oder nur der äußere Erfolg derselben zur Bedingung gesetzt ist, läßt sich auch auf den Fall anwenden, wenn Jemand im Testamente unter der Bedingung bedacht ist, wenn er eine gewisse Handlung unterläßt. Es fragt sich:

> ob die Bedingung für fehlgeschlagen zu erachten ist, wenn der Bedachte die Handlung vor der Testamentseröffnung vorgenommen hat.

Man wird dies allemal, aber auch nur dann bejahen müssen, wenn der Testator die Unterlassung ganz objectiv als ein bloßes Ereigniß im Auge hatte. Denn bei dieser Voraussetzung geht der im Testamente Bedachte seines Rechtes nicht zur Strafe seines Ungehorsams gegen das Verbot des Erblassers, sondern deshalb verlustig, weil der Fall nicht eingetreten ist, in welchem allein der Erblasser ihm den Vortheil zugewendet hat. Ein solcher Fall wird namentlich anzunehmen sein, wenn die Unterlassung einer Handlung zur Bedingung gesetzt ist, welche dauernde Wirkungen hervorbringt, so daß von einer ferneren

---

es aber mehrmals eintreten, so ist zur Erfüllung der Bedingung der nochmalige Eintritt nur dann erforderlich, wenn der Erblasser wußte, daß es eingetreten war."

[1]) Ulp. l. 2 D. de cond. et dem. (35, 1): — Quaedam (conditiones) sunt, quae non nisi post mortem testatoris (impleri possunt): „si decem dederit, si capitolium ascenderit.“ Nam ut paruisse qnis conditioui videatur, etiam scire debet hanc conditionem insertam; nam si fato fecerit, non videtur obtemperasse voluntati. Paulus l. 11 § 1 eod.: Item sciendum est, promiscuas conditiones post mortem impleri oportere, si in hoc fiant, nt testamento pareatur, veluti: „si capitolinm ascenderit“ et similia...

Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) B. 8 Tit. 16 § 3. „— Wann es eine Conditio faciendi ist und der Legatarius etwas thun soll, so existiret die Condition, wann der Legatarius das Factum nach des Testatoris Tode verrichtet; und ist nicht genug, wann er solches vorher gethan hat: Es wäre dann, daß die intention durch das vorhergehende Factum schon erreicht worden."

Oesterr. bürg. G.-B. § 701. „Ist die in der letzten Willenserklärung vorgeschriebene Bedingung schon bei dem Leben des Erblassers eingetroffen, so muß die Erfüllung derselben nach dem Tode des Erblassers nur dann wiederholt werden, wenn die Bedingung in einer Handlung des Erben oder Legatars besteht, welche von ihm wiederholt werden kann."

Unterlassung nicht mehr die Rede sein kann. Z. B. A ist unter der Bedingung zum Erben ernannt, daß er nicht das Klostergelübde ablegt. Er hat dies aber noch bei Lebzeiten des Erblassers gethan.

307. Die Vorschrift des § 503, welche dem Richter eine Art von Dispensationsbefugniß beilegt, die sich mit seiner Stellung als Richter gar nicht verträgt, ist unserem Landrechte eigenthümlich,[1]) hier aber am allerwenigsten an ihrem Orte, da ein letzter Wille auf der freiesten Selbstbestimmung der Person beruht, also auch der willkürlichsten Selbstbeschränkung unterliegt. Wenn es sich um eine Verfügung über das Seine handelt, haben auch Laune und Eigensinn ihre Berechtigung. Es gilt daher hier dasselbe, was bereits zu Nr. 301 a. E. (S. 129) gesagt ist.

Von unmöglichen Bedingungen.[2])

§ 504. «Nach eben diesen Vorschriften § 126 ff. ist auch die Wirkung der einer Erbeseinsetzung oder einem Vermächtnisse beigefügten unmöglichen Bedingung zu beurtheilen.»

308. Diese Bestimmung steht im Gegensatze zu der im gemeinen römischen Recht zur Geltung gelangten Ansicht der Sabinianer, wonach bei letztwilligen Verordnungen die unmöglichen Bedingungen, gleich den unerlaubten, für nicht hinzugefügt erachtet wurden,[3]) während sie jeden

---

[1]) Ein ganz anderer Gesichtspunkt ist es, wenn das röm. Recht unverständige, der Sitte widerstreitende Bedingungen für nicht hinzugefügt erklärt. S. Bd. I S. 442 f.

[2]) Vergl. Donell. com. de jur. civ. Lib. VI cap. 18 § 16 sq. Vinnii com. in § 10 J. 2, 14 nr. 2. Voet com. ad P. XXVIII, 7 nr. 16. Averan. Interpret. jur. Lib. II cap. 24 nr. 1—5. W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. Th. II S. 38—45 S. 262—272. Puchta, Curs. der Instit. II S. 369 f. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 79 f. v. Savigny, System III S. 196—201. Vering, Erbrecht (Heidelb. 1861) S. 323 f. Note 2.

[3]) Ulp. l. 3 D. de cond. et dem. (35, 1): Obtinuit, impossibiles conditiones testamento adscriptas pro nullis habendas. § 10 J. de her. inst. (2, 14): Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis, pro non scripta habetur. Ulp. l. 1 D. de condit. inst. (28, 7): Sub impossibili conditione vel alio mendo factam institutionem placet non vitiari. Labeo l. 20 pr. eod. i. f.: — impossibilis conditio pro non scripta accipienda est. Pompon. l. 16 D. de inj. rupt. (28, 3): — In futurum autem collatae

Vertrag vernichten. Schon Gajus verzichtete darauf, über den eigentlichen Grund dieser verschiedenen Behandlung der unmöglichen Bedingungen je nach der Art des Rechtsgeschäfts, dem sie beigefügt worden, befriedigende Rechenschaft zu geben[1]) und auch in der späteren Zeit fehlte es nicht an Rechtslehrern, welche hierin eine dem natürlichen

---

conditiones... si impossibiles sunt, veluti: „Titius, si digito coelum tetigerit, heres esto," placet, perinde esse, quasi conditio adscripta non sit, quae est impossibilis.

[1]) Gajus III § 98: — diversae scholae auctores non minus legatum inutile existimant, quam stipulationem. Et sane vix idonea diversitatis ratio reddi potest. Die spätere Doktrin hat es jedoch an Erklärungsversuchen nicht fehlen lassen. Vergl. die oben S. 140 Note 2 genannten Schriftsteller. So sagt Vinnius l. c.: — manifestum est, eos qui in contrahendo apponunt aut apponi patiuntur conditionem, quam sciant esse impossibilem, non esse hoc animo, ut se aut alios sibi obligent, sed jocari, ludere, omnino ea cogitatione esse, ut nihil agi existiment. At testatorem in ordinatione supremae voluntatis, in re tam seria et cogitatione mortalitatis, serio agere et non ludere voluisse, quod in speciem impietatis cadit, credendum est, sed mendum potius ei excidisse, quod favore ultimae voluntatis corrigitur et tollitur a lege, ne id heredi fraudi sit, cui nihil imputari potest, neve alia bene recteque constituta evertantur. Averan. l. c.: — Testatoris maxime interest voluntatem suam exitum habere, adeoque praesumi non potest, eum inutiliter disponere voluisse. Maxime quoque interest ejus, cui aliquid in testamento relinquitur; sed non potest ei imputari, cur consenserit conditioni impossibili, quia nec intervenit, nec spectatur ejus voluntas in ultima dispositione. Concurrit etiam favor ultimae voluntatis... Mühlenbruch a. a. O.: — Bei letztwilligen Verfügungen erhält nicht nur die im Allgemeinen für die ernstliche Willensmeinung des Disponenten sprechende Vermuthung eine erhebliche Unterstützung durch die bei Testamenten üblichen Förmlichkeiten, sondern es kommt hier der Umstand ganz vorzüglich in Betracht, daß derjenige, zu dessen Vortheil die testamentarische Verfügung gereichen soll, keinen Theil an ihrer Errichtung hat, auch eine bessere Fassung derselben nicht einmal veranlassen kann. Nimmt man hiezu noch den bekannten favor testamentorum, so möchte die Verschiedenheit wohl hinreichend gerechtfertigt erscheinen. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon I S. 764 f.: — Die Gründe, welche die neueren Bearbeiter dieser Lehre für die Nothwendigkeit des angeführten Grundsatzes aufzustellen versucht haben, lassen sich darauf zurückführen, daß bei Testamenten und anderen letztwilligen Dispositionen der Wille, und zwar der vermuthliche Wille des Testirers das vorzüglichste Moment bei der Interpretation des letzten Willens bilde und daß schwerlich zu glauben sei, der Erblasser habe die von ihm ausdrücklich hinzugefügte unmögliche Bedingung im Ernste wollen können. Vergl. auch Siebenhaar, Com. zu dem bürg. G.-B. für das K. Sachsen (Leipz. 1865) III S. 249.

Rechte und unsern Sitten widerstreitende Subtilität erblickten [1]) — eine Ansicht, die jedoch entschiedenen Widerspruch hervorrief [2]) und daher immer nur vereinzelt blieb.

Auch die älteren deutschen Partikularrechte haben in diesem Punkte die gemeinrechtlichen Grundsätze aufgenommen.[3])

Unter den neueren Gesetzgebungen hat unser Landrecht sich zuerst von der recipirten Lehre der Sabinianer in Betreff der unmöglichen Bedingungen losgesagt [4]) und nur rücksichtlich der unerlaubten das

---

[1]) Groenewegen tr. de legib. abrogat. et innsitat. Inst. Lib. II tit. 14 § 10: Impossibilis conditio in institutionibus et legatis, nec non in fideicommissis jure civili pro non scripta habetur... Sed cum omnis suprema voluntas interpretari debeat et soleat, secundum id quod verisimilius est sensisse testatorem, cujus sola voluntas in conditionibus primum locum obtinet: ideo hujusmodi institutionem pro ridicula et nulla habendam, adeoque et hunc § abrogandum censeo cum D. Hugone Grotio Introduct. l. 2 part. 18 n. 32. Id quod ipsi Romani in ceteris quoque causis intellexerunt, dempta ultima voluntate. S. Stryk, usus mod. P. Lib. 28 tit. 7 § 1: — constat, conditionem impossibilem... pro non scripta haberi, salva nihilominus institutione heredis. Non desunt tamen, qui existimant, hodie institutionem ipsam vitiari et plane nullam esse, qua in sententia est Groenewegen... Similiter Simon van Leuwen in Censura for. Lib. 3 c. 5 n. 25, 26 urget, moribus hodiernis conditionem per se impossibilem ipsam dispositionem vitiare, perindeque haberi ac si ridicule et ludendi animo nihil disposuisset testator.

[2]) Vergl. S. Stryk l. c., welcher seine Widerlegung mit den Worten schließt: Standum ergo juris Romani dispositioni etiam hac in re, quae sana ratione non destituitur. Vergl. auch Schilter, Exerc. ad P. 38 § 103.

[3]) Die betreffenden Belagsstellen sind B. I S. 416, 417 angeführt. Uebereinstimmend lauten: Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 23 § 6 und revid L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 7. Ebenso verordnet das L.-R. der Markgr. Baaden rc. von 1710 Th. V Tit. 10 § 16. „Es hat weiters ein jeder Testierer Macht, die Erben mit oder ohn gewisse Bedingungen seinem Gefallen nach einzusetzen. Jedoch, da ihme gewisse Bedingungen anzuhenken beliebet, soll er in allweg sehen, daß solche ehrlich, Christlich und nicht unmüglich seyen, dann im widrigenfall, seind die Erben solche zu erfüllen nicht verbunden."

[4]) Suarez bemerkt zur Rechtfertigung dessen in seinen Schlußvorträgen über die Revision des Gesetzbuches (Jahrbücher B. 41 S. 4): — Wenn man annimmt, es sei keine voluntas seria vorhanden, wenn ich filio 100 Thlr. verspreche, wenn er in den Mond fliegen wird, so ist doch eine solche voluntas seria auch gewiß alsdann nicht da, wenn ich filio 100 Thlr. in meinem Testamente unter der Bedingung vermache, daß er in den Mond fliege. Der Unterschied im jure Romano liegt in der fast abergläubischen Aengstlich-

römische Recht festgehalten.[1]) In ersterer Hinsicht ist ihm das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch § 698[2]) gefolgt, nicht aber in letzterer, indem es die unerlaubten Bedingungen den unmöglichen gleich behandelt, nämlich auch ihnen eine vernichtende Wirkung beilegt. Die gleiche Ansicht hat in dem Großh. Hessischen so wie in dem K. Bayerischen Entwurfe Aufnahme gefunden,[3]) während das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen, in Uebereinstimmung mit dem Code civil, sich dem römischen Rechte überall anschließt.[4])

Die Bedingung ist übrigens immer nur dann eine unmögliche, wenn es von vornherein, also schon zur Zeit ihrer Festsetzung gewiß ist, daß ihre Erfüllung nicht stattfinden könne.[5]) Hierbei kommt nichts darauf an, ob der Testator die Unmöglichkeit kannte, oder in Betreff ihrer sich im Irrthume befand.[6]) Denn im letzteren Falle ist zwar ein Zuwendungswillen vorhanden, aber nur ein solcher, welcher die Zuwendung von dem Eintritte eines als möglich vorausgesetzten Umstandes abhängig macht, so daß es durchaus ungewiß bleibt, ob der Testator dieselbe bei richtiger Erkenntniß gewollt haben würde. Es fehlt daher jede Berechtigung, einen nur bedingungsweise erklärten Willen als einen unbedingten zu behandeln.[7])

---

keit, mit welcher die Römer dafür sorgten, daß ja kein Testament destituirt werden möchte, weil dieses für einen großen Schimpf gehalten wurde. Unsere Denkungsart ist anders.

[1]) § 63 d. T. s. Bd. I S. 414 f.

[2]) s. Bd. I S. 418.

[3]) s. ebendas. S. 418, 419 und die in Note 2 und 3 angeführten Motive.

[4]) s. ebendas. S. 417.

[5]) Unger, System des österr. allg. Privatr. II S. 80.

[6]) Dies spricht das Sächs. bürg. G.-B. ausdrücklich aus, indem es in § 2126 verordnet: „Es ist gleich, ... ob der Erblasser die Unmöglichkeit kannte oder nicht."

[7]) Vergl. Mantica, tr. de conj. ult. vol. Lib. III tit. 10 nr. 7. Conditio impossibilis, quam testator credidit possibilem, vitiat dispositionem. S. Stryk, de caut. test. XVI § 33: — Si tamen testator conditionem quandam impossibilem pro possibili reputet, caute agit, si illam opinionem suam in testamento exprimit, e. g. si dicat: Mevius sol mein Erbe seyn, wenn er ein Schiff machen und damit in der Luft nach Hamburg segeln wird, welches ich weiß, oder dafür halte, daß es durch angewandten Fleiß und Kunst wol endlich geschehen könne; alias enim in dubio hoc non praesumeretur, sed conditio illa detraberetur, aut ad minimum onere probandi gravaretur ille, qui testatorem eam conditionem pro possibili habuisse asserere vellet. Hoc ergo ita expresso, conditio aut implenda erit, aut

§ 505. «War die Erfüllung der Bedingung an sich zwar möglich, aber dem Erben oder Legatario noch bei der Lebenszeit des Erblassers unmöglich, und dieses dem Erblasser bekannt geworden; so wird, wenn er in seiner Verordnung nichts geändert hat, die Bedingung für erlassen geachtet.»

§ 506. «Ist die eingetretene Unmöglichkeit dem Erblasser unbekannt geblieben, oder gar erst nach dessen Ableben entstanden; so wird die Erbeseinsetzung oder das Vermächtniß entkräftet.»

309. Der in diesen §§ vorgesehene Fall steht unter einem anderen Gesichtspunkte als der des § 504. Es handelt sich hier nicht um die Wirkung einer vom Testator gesetzten unmöglichen Bedingung, sondern um die Folgen der später eingetretenen Unmöglichkeit der Erfüllung einer an sich möglichen Bedingung, also um die Frage, ob vermöge jener eingetretenen Umstände die Bedingung als fehlgeschlagen, oder umgekehrt als erfüllt anzusehen sei.

Die hierüber von den römischen Rechtsquellen in zahlreichen, allerdings zum Theil anscheinend sich widersprechenden Entscheidungen der classischen Juristen aufgestellten Grundsätze [1]) weichen entschieden von den obigen Vorschriften ab, und zwar einerseits darin, daß kein Gewicht darauf gelegt wird, ob die Unmöglichkeit der Erfüllung schon bei Lebzeiten des Erblassers oder erst nach dem Tode desselben eintritt, andererseits aber darin, daß eine Potestativbedingung dann als erfüllt angesehen wird, wenn ihre Erfüllung, nachdem der Honorirte sich dazu bereit erklärt hatte, ohne dessen Schuld unmöglich geworden ist.

Die ältere gemeinrechtliche Doctrin steht jedoch den Vorschriften unseres Landrechts um Vieles näher, namentlich in Beziehung auf den

---

hereditate carebit heres scriptus. Quod enim testator possibile credit, et sub conditione exprimit, hoc si deficiat, evanescit etiam institutio —.

In dem umgekehrten Falle, wenn der Erblasser eine letztwillige Zuwendung unter einer Bedingung macht, deren Erfüllung er irrigerweise für unmöglich hielt, fehlt es an dem ernsten Willen der Berufung arg. l. 61 pr. D. de manum. test. (40, 4), l. 4 § 1 D. de statulib. (40, 7). Unger, Erbrecht § 16 Note 7.

[1]) Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf die ausführlichen Erörterungen W. Sell's (Versuche im Gebiete des Civilr. II S. 201 ff.) u. Mühlenbruch's (Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 137 ff.). Vergl. auch v. Vangerow II § 435 S. 144 ff.

Einfluß, welcher dem Wissen oder Nichtwissen des Erblassers beigelegt wird.[1]) Hierbei kann aber immer nur von Potestativbedingungen die Rede sein,[2]) und zwar nur von solchen, die nicht vermöge ihrer Natur erst nach dem Tode des Erblassers erfüllt werden können (s. oben Nr. 306).

Andererseits ist unser Landrecht zu der gemeinrechtlichen Lehre insofern in einen noch schrofferen Gegensatz getreten, als in letzterer der Grundsatz immer allgemeinere Geltung gewonnen, daß unverschuldete Nichterfüllung einer Potestativbedingung der wirklichen Erfüllung gleich-

[1]) So lehrt Voet, com. ad P. XXVIII, 7 nr. 21: Si casu fortuito superveniente non sequatur id, quod conditione potestativa comprehensum est, veluti mortalitate personae, circa quam implementum conditionis faciendum erat, dum quis institutus vel legato honoratus est, „si Stichum servum suum manumiserit“ — videndum, utrum vivo an mortuo testatore casus talis extiterit. Nam si vivo testatore mortuus sit Stichus manumittendus, conditio pro impleta habetur, aut certe pro non defecta et ob id relicta debentur quasi per honoratum non steterit, quominus impleatur — eo quod honoratus potestativam conditionem regulariter non vivo sed mortuo demum testatore implere debet, quodque testator, si noluisset deficiente conditione honoratum relicta capere, hic quoque id facile potuisset posteriore immutare voluntate, sciens, se vivo rem jam ad eum devenisse casum, ut per rerum naturam implementum conditionis sequi non possit. Unde etiam tum demum conditionem hoc in casu pro impleta habendam puto, cum testator ipse non ignarus fuit, conditionem illam, sub qua quid reliquerat, impleri amplius per honoratum haud potuisse. Nam si id ignoraverit, magis est, ut relicta non debeantur, cum incertum est, an testator, si scivisset, conditionem per casum supervenientem impleri non posse, voluntatem suam non fuisset mutaturus, quod nunc morte praeventus facere nequit —.

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 16. Mai 1862: — Mit Recht nimmt der Appellationsrichter an, daß die im § 505 Tit. 12 Th. I A. L.-R. ausgesprochene Ausnahme von der Regel nicht über den vorgesehenen Fall hinaus ausgedehnt werden darf. Nun handelt der § 505 nur von solchen Bedingungen, welche der Erbe oder Legatar selbst zu erfüllen hat, wie sich unzweideutig aus der Voraussetzung ergibt, „daß dem Erben oder Legatar die Erfüllung der Bedingung unmöglich geworden.“ Dies läßt sich nur von einer solchen Bedingung sagen, die vom Erben oder Legatar selbst zu erfüllen war. Dafür spricht ferner der ganze Zusammenhang der Vorschriften über die Erfüllung der Bedingungen von § 491 ab, worin eben nur von Bedingungen solcher Art gehandelt wird. Im vorliegenden Falle ist aber nicht die Handlung des Erben, sondern die eines Dritten, seines Vaters, zur Bedingung gestellt und auf eine solche Bedingung kann daher der § 505 nicht zur Anwendung gebracht werden —. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 47 S. 118 f.)

stehe[1]) — während unser Landrecht diesem Prinzipe die Vorschrift gegenüberstellt:

daß eine wirkliche Bedingung „schlechterdings erfüllt werden muß" (§ 491 d. T.)

---

[1]) Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XI tit. 16 nr. 14: Primo casu, quando conditio est mere potestativa, quomodocunque deficiat, si non steterit per honoratum, conditio habebitur pro impleta: non enim videtur defectus conditione, si parere conditioni non possit, nam implenda est voluntas, si potest... Bartolus reddit rationem: quia, cum conditio sit mere potestativa, testator respexit solum factum honorati, quod per eum non stet — igitur conditio mere potestativa nullo modo vitiat dispositionem, nisi quando steterit per factum ipsius honorati, nam si per eum non steterit, habetur pro impleta —. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 § 10 Nr. 7: — Ob die Condition aus Verschulden desjenigen, welcher damit onerirt ist, oder aber ohne seine Schuld unterblieben sey, macht in conditione casuali keinen Unterschied, und kommt nicht in consideration, wohl hingegen in conditione potestativa aut mixta, dann diese wird allerdings pro impleta geachtet, wann der Onerirte seines Orts in Erfüllung derselben alles gethan hat, was in seinen Mächten gewest, folglich das Implement nicht aus seinem eignen Verschulden unterblieben ist . . .

Vergl. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik I S. 553 f.

Jener Grundsatz findet auch im canonischen Rechte einen allgemeinen Ausdruck in c. 66 de Reg. Jur. in VIto: Cum non stet per eum, ad quem pertinet, quominus conditio impleatur, haberi debet perinde, ac si impleta fuisset.

Auch ältere deutsche Partikularrechte sprechen denselben aus. Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 23 § 4 „— so es in deß legatarii willen nicht gestanden, das geding zu erfüllen (als da ihme auferlegt, ein kirchen, oder sonsten etwas zu bawen, aber die Obrigkeit desselben orts nicht zulassen will) in solchem fall wird die condition für erfüllet gehalten, und verfellt das legat auf deß legatarii erben, unangesehen die condition nicht erfüllet. — Jedoch wann deß testirers gemüth klar were, daß er das legat kurtzumb nicht anderst, dann so dem geding ein benügen beschehen, es stehe gleich an wem es wolle, geordnet, so soll es auch bey solchem willen verbleiben." Wörtlich übereinstimmend revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 5. (Vergl. Pompon. l. 14 D. de cond. et dem. 35, 1: „Titius, si statuas in municipio posuerit, heres esto." Si paratus est ponere, sed locus a municipibus ei non datur, Sabinus, Proculus, heredem eum fore, et in legato idem jus esse dicunt.) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10. „— Unerfüllte Conditionen werden für erfüllt geachtet, wenn die Erfüllung..., soviel die conditionem potestativam betrifft, nicht aus Verschulden des Erben unterbleibt."

sowie in Anwendung auf den im § 507 vorgesehenen Fall die daselbst in Bezug genommene Vorschrift des § 112, 113 Tit. 4:

„Ist ein Vortheil, der einem Dritten verschafft werden soll, zur Bedingung gemacht worden, so muß auch diese schlechterdings erfüllt werden."

„Es kommt also dem bedingungsweise Berechtigten nicht zu statten, wenngleich der Dritte den Vortheil ausschlägt oder sich selbst an dessen Erlangung hindert."

Dieser strengeren Behandlung der bedingten letztwilligen Zuwendungen hat sich auch das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch angeschlossen. Dasselbe geht aber insofern noch weiter, als es in richtiger Konsequenz die später unerfüllbar gewordene Bedingung für fehlgeschlagen erklärt, auch wenn dem Erblasser die Unmöglichkeit der Erfüllung bekannt geworden wäre.[1]) Hierbei ist jedoch der Nachweis eines anderweitigen Willens des Erblassers nicht ausgeschlossen, während unser Landrecht im § 505 (freilich in umgekehrter Richtung) eine unumstößliche Rechtsvermuthung (Fiction) aufstellt.[2])

Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen hat auch hier die gemeinrechtlichen Grundsätze aufgenommen.[3])

---

[1]) § 698. „Die Anordnung, wodurch Jemanden unter einer aufschiebenden unmöglichen Bedingung ein Recht ertheilt wird, ist ungültig, obschon die Erfüllung der Bedingung erst in der Folge unmöglich, und die Unmöglichkeit dem Erblasser bekannt geworden wäre..." § 699. „Sind die Bedingungen möglich und erlaubt, so kann das davon abhängende Recht nur durch ihre genaue Erfüllung erworben werden; sie mögen vom Zufalle, von dem Willen des bedachten Erben, Legatars, oder eines Dritten abhängen."

[2]) Unger, Erbrecht § 16 Note 16 bemerkt hierüber: Läßt sich auf dem Wege der Auslegung feststellen, daß der Wille des Erblassers nicht auf den wirklichen Vollzug der zur Bedingung gemachten Handlung, sondern nur auf die Bereitwilligkeit dazu, oder nicht auf die vollständige Verwirklichung der Bedingung, sondern nur auf die möglichste Erfüllung derselben nach Kräften oder nach dem Stand der Dinge gerichtet ist, so ist dem in erster Linie maßgebenden Willen des Testators gemäß der Instituirte zur Erbfolge zuzulassen, mag gleich das betreffende materielle Ereigniß sich gar nicht oder nicht vollständig verwirklicht haben...

[3]) § 2127. „War das Ereigniß, welches zur Bedingung gemacht wurde, zur Zeit der Errichtung des letzten Willens möglich, wurde es aber später unmöglich, so ist die Bedingung als nicht eingetreten zu betrachten."

§ 2142. „Wird die Erfüllung der Bedingung durch einen Zufall unmöglich, nachdem der Bedachte sich zur Erfüllung bereit gezeigt hatte, so gilt die Bedingung als erfüllt, ausgenommen wenn der Erblasser die Erfüllung der Bedingung schlechterdings gewollt hat."

310. Die allgemeine Rechtsregel, daß eine Bedingung als erfüllt anzusehen ist, wenn derjenige, dem die Nichterfüllung zum Vortheil gereicht, die Erfüllung vorsätzlich auf eine der Absicht des Verfügenden zuwiderlaufende Weise hindert,[1]) ist auch von unserem Landrechte anerkannt[2]) und daher ihre Anwendbarkeit auf letztwillige Zuwendungen um so weniger zu bezweifeln, als in den hier gegebenen Vorschriften mehrfach ausdrücklich auf die allgemeinen Grundsätze über Bedingungen hingewiesen wird.

So bestimmt auch das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 10:

„— 12mo Unerfüllte Conditionen werden für erfüllt geachtet, wenn die Erfüllung von einem Dritten, dem sie nachtheilig ist, mit Fleiße gehindert wird —." [3])

desgleichen das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2146:

„Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn ein bei deren Nichteintritte Betheiligter die Erfüllung unmöglich macht, oder Derjenige, rücksichtlich dessen oder unter dessen Mitwirkung die Bedingung durch den Bedachten erfüllt werden soll, die Erfüllung hindert." [4])

---

§ 507. «Ist ein Vortheil, der einem Dritten verschafft werden soll, zur Bedingung gemacht; so findet die Vorschrift Tit. 4 §§ 112. 113 Anwendung.»

311. Wie bereits oben Nr. 309 bemerkt worden, weicht dieser

---

[1]) Julian. l. 24 D. de cond. et dem. (35, 1): Jure civili receptum est, quoties per eum, cujus interest conditionem non impleri fit, quominus impleatur, ut perinde habeatur, ac si impleta conditio fuisset; quod plerique et ad legata et ad heredum institutiones perduxerunt... (Uebereinstimmend Ulp. l. 161 D. de R. J.) Vergl. Pompon. l. 39 D. de R. J.: In omnibus causis pro facto accipitur id, in quo per alium mora fit, quominus fiat.

[2]) §§ 104—107 Tit. 4 Th. I.

[3]) v. Kreittmayr bemerkt dazu, daß hinter dem Worte „nachtheilig" die Worte „nützlich oder sonst daran gelegen ist" aus einem bloßen Schreibfehler zurückgeblieben seien.

[4]) Der erstere Satz ist auch nach Oesterreichischem Rechte anzunehmen. Unger, Syst. des österr. allg. Privatr. II S. 67. Vergl. auch Cod. civ. art. 1178. „La condition est réputée accomplie lorsque c'est le debiteur, obligé sous cette condition, qui en a empêché l'accomplissement."

Grundsatz vom gemeinem Rechte ab.[1]) Derselbe kann jedoch keine Anwendung finden, wenn die Bedingung in einer zum Vortheil **des Erben** auferlegten Leistung besteht, weil in diesem Falle das unter Nr. 310 gedachte Prinzip sich geltend macht.[2])

[1]) Paul. l. 3 D. de cond. inst. (28, 7): Si ita heres institutus sim, „si decem dedero,“ et accipere nolit, cui dare jussus sum, pro impleta conditione habetur. Julian. l. 11 eod.: Si quis testamento hoc modo scripserit: „filius meus, si Titium adoptaverit, heres esto; si non adoptaverit, exheres esto,“ et filio parato adoptare Titius nolit se adrogandum dare, erit filius heres, expleta conditione. Marcell. l. 23 eod.: — plerumque haec conditio: „si uxorem duxerit, si dederit, si fecerit,“ ita accipi oportet, quod per eum non stet, quominus ducat, det aut faciat. African. l. 31 D. de cond. et dem. (35, 1): — Nam cum uni ita legatum sit: „Titio si Sejam uxorem duxerit, heres meus centum dato,“ si quidem Seja moriatur, defectus conditione intelligitur ... muliere autem nolente nubere, cum ipse paratus esset, legatum ei - debetur. l. 1 C. de inst. et subst. (6, 25): Quum avum maternum ea conditione filiam heredem instituisse proponas, „si Anthylli filio nupsisset,“ non prius eam heredem existere, quam conditioni paruerit, aut Anthylli filio recusante, matrimonium impeditum fuerit, manifestum est.

Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XI tit. 17 nr. 32. Conditio dandi habetur pro impleta, si is, cui dari oportet, nolit accipere.

Sächs. bürg. G.-B. § 111. „Die Bedingung gilt als erfüllt, ... wenn Derjenige, welcher durch die Erfüllung einen Vortheil erlangen soll, diesen Vortheil anzunehmen sich weigert.“ Entw. eines bürg. G.-B. für das K. Bayern (1861) Th. I Art. 48. „Die Bedingung gilt als erfüllt, wenn Derjenige, welchem durch die Erfüllung ein Vortheil zugehen soll, auf diesen Vortheil verzichtet oder die Erfüllung verhindert ...“ (Gleichlautend Art. 101 des Entw. eines für die deutsche Bundesstaaten gemeinf. Ges. über Schuldverh. 1864.)

[2]) In dieser Hinsicht besteht daher eine Uebereinstimmung mit dem röm. Recht. Ulp. l. 5 § 5 D. quando dies leg. (36, 2): Item si qua conditio sit, quae per legatarium non stat, quominus impleatur, sed — per heredem... in cujus persona jussus est parere conditioni, dies legati cedit, quoniam pro impleta habetur. Utputa si jussus sim heredi decem dare, et ille accipere nolit —. Id. l. 3 § 1 D. de statulib. (40, 7): Sed si in heredis persona jussus sit parere conditioni, quid dici debeat? Si quidem paruit conditioni, statim liber est, etiam invito herede. Quodsi non patitur heres pareri, puta offert decem, quae dare jussus erat, procul dubio liber est, quia per heredem stare videtur, quominus conditionem impleat —. Unter den gleichen Gesichtspunkt stellen die röm. Juristen den Fall, wenn Derjenige, dem eine Sache unter der Bedingung vermacht ist, daß er dem Erben eine bestimmte Summe zahle, statt der Zahlung eine ihm gegen den Erben zustehende Forderung zur Kompensation bringt. Paul. l. 45 D. de cond. et dem. (35, 1): Julianus ait: si heredi legatarius, cui sub con-

Handelt es sich aber um den einem Dritten zu verschaffenden Vortheil, so kommt vor Allem in Frage, ob diese in Form einer Bedingung dem Honorirten auferlegte Leistung selbst als ein Vermächtniß zu betrachten ist. Dieser Gesichtspunkt ist in mehrfacher Hinsicht von entschiedener Wichtigkeit. Man denke zunächst an den Fall, wenn der Dritte, ohne sich über die Annahme des ihm zugedachten Vortheils erklärt zu haben, gestorben ist. Bildet jener Vortheil eine dem Dritten gemachte Zuwendung, so geht er auf seine Erben über. Die gesetzte Bedingung ist daher mit dem Tode des Dritten nicht fehlgeschlagen, vielmehr in der Person seiner Erben zu erfüllen.[1]) Besteht die Bedingung in einem mehreren Personen zusammen zu verschaffenden Vortheile, so kommt bei der Auffassung desselben als eines Vermächtnisses in dem Falle, wenn der Eine oder Andere den Vortheil nicht annehmen kann oder will, das Anwachsungsrecht zur Anwendung, wodurch dem bedingungsweise Honorirten die Möglichkeit gewährt wird, die Bedingung in der Person der Uebrigen vollständig zu erfüllen.[2])

Ist aber in der That die dem Honorirten gemachte Auflage nicht zu erfüllen, weil der Dritte den Vortheil zurückweist und kein Anderer an seine Stelle tritt, so kommt es noch immer darauf an, ob der Erblasser trotz der von ihm gewählten Form der Bedingung nur eine die letztwillige Zuwendung zu Gunsten des Dritten beschränkende Auflage im Sinne hatte, mit deren Wegfall nur jene Beschränkung, nicht aber die letztwillige Verfügung selbst aufgehoben sein sollte. Führt die Auslegung des letzten Willens zu einer solchen Annahme, dann ist die Voraussetzung des § 507 gar nicht vorhanden. Es kommt daher die Vorschrift des § 366 bez. § 293 zur Anwendung.

---

ditione legatum erat, „si heredi decem dederit,“ id quod ei deberet heres, accepto tulisset, non quidem videri conditioni paruisse quasi dederit, sed quasi per heredem stet, quominus pareat, posse petere legatum, quasi extiterit conditio. Julian. l. 81 § 5 D. de leg. 1: „Titio fundum do, lego, si heredi meo decem dederit.“ Si decem heres Titio debuisset, et ea Titius accepta ei fecisset, fundum vindicare potest.

[1]) Die röm. Juristen nehmen dies nur bei testamentarischen Freilassungen vermöge einer benigna interpretatio an. l. 51 § 1 l. 94 pr. § 1 D. de cond. et dem. (35, 1) l. 39 § 4 D. de statulib. (40, 7). Ihre Entscheidungen sind daher für uns nicht brauchbar.

[2]) Die römischen Juristen konnten auch hier nur vermöge einer benigna interpretatio zu dem gleichen Ergebnisse gelangen. l. 112 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 4 § 3 D. de statulib. (40, 7). W. Sell, Versuche im Gebiete des Civilr. Th. II S. 68—70.

Vom Zweck.[1])

§ 508. «Erhellet aus der Fassung der letztwilligen Verordnung, oder aus den Umständen, daß der Erblasser bei demjenigen, was er dem Legatario, oder dem Erben aufgelegt, den eigenen Vortheil desselben zur Absicht gehabt habe; so ist eine solche Bestimmung nur für einen Zweck zu achten. (Tit. 4 § 152 ff.)»

§ 509. «Auch der Endzweck, zu welchem Jemandem ein Vortheil zugedacht worden, muß in der Regel von demselben erfüllt werden.»

§ 510. «Kommt der Erbe oder Legatarius zu dieser Erfüllung durch eigenes Verschulden außer Stand, so verliert er den ihm zugedachten Vortheil.»

312. Die einer letztwilligen Zuwendung beigefügte Zweckbestimmung (Auflage) ist, sofern sie überhaupt einen juristischen Charakter hat (nämlich ein modus[2]) im Sinne des römischen Rechts ist), eine den Liberalitätsakt beschränkende Nebenbestimmung, welche den Empfänger verpflichtet, das Empfangene oder dessen Geldwerth ganz oder theilweise zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden, oder sonst etwas für die Zuwendung zu leisten.[3]) Eine Nebenbestimmung solcher Art, welche

[1]) Vergl. Schilter, Exerc. ad P. 39 § 127 sq. S. Stryk, de caut. test. cap. XX § 38. Legatum modale. Quatenus modus obliget. Pfeiffer, prakt. Ausführungen I (1825) Nr. IV. Von dem wesentlichen Unterschiede und den Kennzeichen des modus und der conditio. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 41 S. 268 f. v. Savigny, System III § 128, 129. Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung (Düsseld. 1850) S. 33 f. 68, 127 f. 185 f. Erxleben, die Rückforderung erfolgloser Leistungen 2c. (Gött. 1853) S. 270 f. Arndts, Lehrb. der Pandekten § 74.

[2]) Donell., com. de jure civ. Lib. XIV cap. 20: — Dicitur enim modus, quia quod ob hanc causam datur, sic datur, ut qui accipit, rem habeat non simpliciter, sed ad certum modum, id est, hactenus, ut pro eo hoc aut illud faciat.

[3]) Gaj. l. 17 § 4 D. de cond. et dem. (35, 1): Quod si cui in hoc legatum sit, ut ex eo aliquid faceret, veluti monumentum testatori, vel opus, aut epulum municipibus faceret, vel ex eo ut partem alicui restitueret, sub modo legatum videtur. Donell. com. de jur. civ. Lib. XIV cap. 20: — In testamentis usus obtinuit, ut haec causa diceretur modus, et quae relicta sunt ob causam, ut quid fiat, relinqui sub modo; non dubium, quin discretionis causa, non quod aliud sit dare ob causam, quam sub modo,

sich als eine an die Zuwendung geknüpfte, den Bedachten zu einem Thun verpflichtende Last darstellt und zugleich in Beziehung auf den Verfügenden als die Voraussetzung erscheint, unter welcher die Zuwendung geschehen ist (causa legati in futurum collata), läßt sich ihrer Natur nach immer nur dann annehmen, wenn der Wille des Erblassers auf eine derartige Beschränkung gerichtet ist.[1]) Den Gegensatz bildet das nudum praeceptum[2]) oder der s. g. modus simplex[3]) — ein Willensausdruck, der jeder rechtlichen Bedeutung entbehrt, weil er dem Bedachten keine Beschränkung auferlegt. Dies ist in der Regel der Fall, wenn es bei der Zweckbestimmung nur auf den Vortheil des Bedachten abgesehen ist,[4]) es müßte denn die Absicht des Testators

---

aut sub modo aliud, quam ob causam, ut declarat titulus C. de don. quae sub modo...

Entw. eines bürg. G.-B. für das K. Bayern (1861) Th. I Art. 63. „Die Zweckbestimmung besteht in der einem Beschenkten oder demjenigen, welchem durch letztwillige Verfügung ein Vortheil zugewendet wird, gemachten Auflage, das Empfangene ganz oder zum Theile zu einem bestimmten Zwecke zu verwenden, oder sonst etwas für die Zuwendung zu leisten."

[1]) Ulp. l. 1 § 3 D. ubi pup. (27, 2): Certe non male dicetur, si legatarius, vel heres educationem (pupilli) recuset testamento sibi injunctam, denegari ei actiones debere, exemplo tutoris testamento dati. Quod ita demum placuit, si idcirco sit relictum. Ceterum si esset relicturus, etiam si educationem recusaturum sciret, non denegabitur ei actio. Et ita Divus Severus saepissime statuit.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 20: Quum in dispositione testatoris pro ratione attendatur voluntas, probe mens et intentio testatoris considerari, ejusque voluntas omnino adimpleri debet, etiam in legato, quod non solum pure, sed et cum adjectione — conditionis, causae vel modi relinquitur. Ex certa itaque causa relictum legatum praestandum non erit, priusquam legatarius jussui testatoris omnino satisfecerit. Quod enim dicitur, causam etiam falsam non vitiare legatum, id neutiquam procedit, quando constat testatorem alias non fuisse legaturum, vel si causa conditionaliter fuerit concepta...

[2]) Vergl. l. 114 § 14 D. de leg. 1, l. 38 § 4, l. 93 pr. D. de leg. 3.

[3]) Die älteren Juristen unterscheiden nämlich zwischen modus simplex und m. qualificatus (Glück § 336) — ein Gegensatz, den sie auch mit causa impulsiva und c. finalis bezeichnen. Vergl. Mantica (s. Note 4). Schilter l. c. § 127. — Est enim modus causa non impulsiva aut occasionalis sed finalis et adaequata, absque qua non legaturus fuisset testator. Nettelbladt, syst. elem. univ. jurispr. nat. Editio V (Hal. 1785) § 124. — Modus est adjectio mentis declarationi facta, quae continet causam ejus finalem.

[4]) Papin. l. 71 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Titio centum ita ut fundum emat, legata sunt. Non esse cogendum Titium cavere, quoniam ad ipsum

dahin gehen, den Bedachten seines eigenen Bestens wegen zu der bestimmten Verwendung zu nöthigen.[1])

Nach der oben angegebenen Natur des eigentlichen Modus ist derselbe von einer Bedingung wesentlich verschieden. Er schiebt nicht gleich dieser die Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung hinaus,[2]) sondern

duntaxat emolumentum legati rediret —. Vergl. Ulp. l. 13 § 2 D. de don. int. vir. (24, 1): Qunm qnis acceperit, nt in sno aedificet, condici ei id non potest, quia magis donari ei videtur, quae sententia Neratii qnoqne fnit. Ait enim datnm ad villam extruendam, vel agrnm serendum, qnod alioquin facturus non erat is, qni accepit, in speciem donationis cadere —. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 14 nr. 14, 15: — Et causa respiciens commodum vel honorem testatoris, vel alicnjus tertii praesnmitur finalis, secus si respiciat commodum ipsius legatarii... Unde fatendum est, qnod si cansa adjecta legato non est finalis, quia respiciat solum commodnm et favorem legatarii, non restringit legatum, etsi deficiat, legatum nihilominns debetnr — et qnidem cansa legati in dubio non praesumitnr finalis, sed impulsiva... Oesterr. bürg. G.-B. § 711. „Wenn der Erblasser die Absicht, wozu er den Nachlaß bestimmt, zwar ausgedrückt, aber nicht zur Pflicht gemacht hat, so kann die bedachte Person nicht angehalten werden, den Nachlaß zu dieser Absicht zu verwenden." Sächs. bürg. G.-B. § 2153. „Eine Zweckbestimmung oder eine Auflage, welche blos zu Gunsten des Bedachten gereicht, oder von welcher nicht zu ersehen ist, daß an deren Erfüllung irgend einer anderen Person gelegen ist, hat keine verbindende Kraft —." Bayer. Entw. eines bürg. G.-B. (von 1861) Th. I Art. 67. „— Die Klage auf Erfüllung fällt hinweg, wenn die Zweckbestimmung den alleinigen Vortheil dessen bezielt, dem sie gemacht wurde. —"

[1]) Vergl. den Schlußsatz der l. 71 pr. (Note 4): — Sed si filio, fratri, alumno industrio prospectum esse voluit, interesse heredis credendum est; atque ideo cantionem interponendam, nt et fundns compareretur, et postea non alienaretur. Vergl. auch das von Carpzov, jnrispr. for. P. III const. 13 def. 26. mitgetheilte Urtheil des Leipziger Schöffengerichts vom Februar 1631: Hat euer Mitbürger N. ein testamentnm inter liberos aufgerichtet und darinnen unter anderm verordnet, daß seinem Sohn Johann N., so damals zu Eisleben in der Schulen gewesen, zu seinen studiis eine gewisse Schuldforderung auf 120 fl. zum Voraus abgetreten werden sollte. Ob nun wohl solches allbereit geschehen, und Johann N. das Legatum zum Voraus erlanget, Dieweil er aber dennoch seine studia nicht fortgesetzet, sondern alsobald nach des Vatern Absterben darvon abgestanden, sich verehelichet und bürgerliche Nahrung mit Brauen und Ackerbau angefangen, So hat er sich des Legati hierdurch verlustig gemacht, derowegen er solches wiederum auszuantworten und in gemeine Erbtheilung zu bringen schuldig.

[2]) Scaevola l. 80 D. de cond. et. dem. (35, 1): Eas cansas, qnae protinns agentem repellunt, in fideicommissis non (?) pro conditionalibus observari oportet. Eas vero, quae habent moram cum snmptn admittemus cantione oblata. Nec enim parem dicimus eum, cui ita datum sit, si monumentum fecerit, et eum, cui datum est, nt monnmentum faciat.

macht nur den Fortbestand derselben von einem nachherigen Thun des Bedachten abhängig, aber auch dies nur insofern, als die schuldbare Nichterfüllung den Verlust des zugedachten Vortheils herbeiführt.[1])

Andererseits übt der Modus einen stärkeren Druck auf den damit Belasteten aus, indem er einen rechtlichen Zwang zur Erfüllung begründet, was bei der Bedingung nicht der Fall ist.[2]) Des letzteren Umstandes ungeachtet, ist der Modus als die geringere Beschränkungsart anzusehen und deshalb im Zweifel dafür, also gegen die Annahme einer Bedingung zu entscheiden.[3])

---

[1]) Unger § 18 Note 1: „— Bei der Suspensivbedingung wird das Erhalten, bei der Resolutivbedingung (als bedingtem Endtermin) das Verlieren, bei der Auflage das Behalten des Zugewendeten an das Eintreten eines gewissen Ereignisses geknüpft." In den Motiven zum Großherz. Hessischen Entw. Abth. III S. 51 wird gesagt: Auflagen — unterscheiden sich von Bedingungen wesentlich darin, daß von ihnen weder die Existenz, noch die Erlöschung des Rechts, welches die letztwillige Verfügung verleiht, abhängig ist. Der Bedachte erwirbt dieses Recht der Auflage ungeachtet, und behält dasselbe, wenn auch die Vollziehung der Auflage von Ursprung an unmöglich ist, oder in der Folge unmöglich wird, oder aus anderen Ursachen unterbleibt. Vergl. Allg. Land-Recht Th. I Tit. 4 §§ 153—155.

[2]) v. Holzschuher, Theorie und Casuistik B. II S. 997 (3. Auflage 1864): — Richtiger unterscheidet man mit Pfeiffer, prakt. Ausf. I S. 24 zwischen einem modificirten und einem bedingten Legat ohne Rücksicht auf schwankende Ausdrücke des Testators in der Art, daß bei jenem die Liberalität desselben durch eine dem Legatar gemachte Auflage beschränkt ist, indem er vom Legatar irgend eine Gegenleistung für das ihm verschaffte Legat fordert, wogegen durch eine Bedingung die ganze Liberalität von dem Eintritt eines gewissen Ereignisses, mag dieses auf äußeren Umständen oder auf dem Willen des Legatars selbst beruhen, abhängig gemacht wird, mithin modus und conditio potestativa darin zwar übereinkommen, daß eine Handlung des Legatars den Gegenstand der Nebenbestimmung ausmacht, darin aber von einander abweichen, daß durch den modus der Legatar zu dieser Handlung verpflichtet, bei der Bedingung aber diese Handlung als noch etwas Ungewisses vorausgesetzt wird; denn die Bedingung legt nie eine Verbindlichkeit auf, non potest agi ut conditio impleatur l. 41 pr. D. 18, 1.

[3]) Ulp. l. 9 D. de R. J.: Semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. X tit. 5 nr. 12. Modus potius praesumitur quam conditio. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 175 nr. 15. Dispositio, cui aliquid est adjectum, quod significet conditionem et modum, praesumitur potius modalis quam conditionalis. Voet, com. ad P. 35, 1 nr. 14: Quoties vero ambiguum videtur, utrum conditio, an modus, institutioni vel legato adjectus sit, magis pro modo, quam pro conditione praesumendum est; eo quod modus puram facit dispositionem, quae perfectior pleniorque est, quam conditionalis, in dubio autem pro eo, quod

313. Eines rechtlichen Zwanges zur Erfüllung des Modus gedenkt unser Landrecht nur in dem Falle, wenn derselbe die Beförderung des gemeinen Bestens bezweckt (§ 514). Die allgemeine Vorschrift des § 509 läßt jedoch nicht im Zweifel, daß das Landrecht, gleich dem römischen Recht,[1] der Regel nach eine Klage auf Erfüllung der gemachten Auflage hat gestatten wollen. Klagberechtigt ist natürlich Derjenige, der bei der Erfüllung ein Interesse hat, sei es, daß diese ihm unmittelbar zu Gute kommt,[2]) oder doch zur Minderung der ihm selbst

---

perfectius est conjectura voluntatis capi debet. Windscheid, die Voraussetzung Nr. 87.

Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Tit. 3 § 11 Nr. 3: „— in dubio ist mehr pro Modo, Causa, Demonstratione, als pro Conditione zu präsumiren —." Vergl. auch Bayer. Entwurf eines bürg. G.-B. (1861) Th. I Art. 64. Andere Rechtslehrer wollen von einer solchen, von der herrschenden Ansicht angenommenen Präsumtion nichts wissen. Arndts Lehrb. der Pandekt. § 74 Anm. 4. So bemerkt auch Siebenhaar, Com. zu dem bürg. G.-B. für das K. Sachsen III S. 256: Ob in dem einzelnen Falle eine Bedingung oder ein Modus anzunehmen sei, ist lediglich quaestio facti; von einer Präsumtion für die erstere oder den letzteren kann keine Rede sein.

[1]) l. 18 § 2, l. 44 § 8 D. fam. erc. (10, 2), l. 7 D. de ann. leg. (33, 1), l. 17 § 2, l. 44 D. de man. test. (40, 4) Heimbach in Weiske's Rechtslex. VII S. 227 f. Windscheid, die Lehre von der Voraussetz. Nr. 106. Jhering, Geist des röm. Rechts Th. 3 (Leipz. 1865) S. 194 Note 259: Die Auflage eines modus fiel nicht unter den Gesichtspunkt einer Verpflichtung; erst das neuere Recht hat in paralleler Entwickelung mit dem bei den Innominatcontracten stattgefundenen Fortschritt von der condictio ob causam datorum zur actio praescriptis verbis auch bei jenen beiden lucrativen Geschäften (Erbeinsetzung und Legat) die indirect verpflichtende Kraft des modus zur directen gesteigert.

[2]) l. 2 C. de his quae sub modo (6, 45): Ex his verbis: „Titio decem millia vel insulam relinquo, ita ut quinque millia ex his vel eandem insulam Maevio restituat," licet antea neque legati, neque fideicommissi petitio nascebatur, tamen in libertate a Divo Severo hoc admissum est. Sed et in pecuniariis causis voluntatis tuendae gratia non immerito recipiendum est, ut etiam ex hujusmodi verbis, sive ad conditionem, sive ad modum respiciant, sive ad dandum, vel faciendum aliquid, fideicommissi actio omnifariam nascatur, videlicet in conditionibus post exitum earum... Julian. l. 17 § 2 D. man. test. (40, 4): Hac scriptura testamenti: „Pamphilus liber esto, ita ut filiis meis rationes reddat," an sub conditione libertas data videretur, quaesitum est. Respondi: pure quidem datam libertatem, et illam adjectionem: „ita ut rationes reddat," conditionem libertati non injicere, tamen quia manifesta voluntas testantis exprimeretur, cogendum eum ad rationes reddendas. Vergl. Windscheid a. a. O.

Sächs. bürg. G.-B. § 2152. „Den Dritten, zu deren Gunsten der Zweck oder die Auflage gereicht, oder welchen an der Erfüllung des Zweckes

auferlegten gleichen Verpflichtung dient,[1]) sei es, daß im Falle der Nichterfüllung das dadurch Verwirkte ihm selbst zufällt oder verbleibt, die richterliche Hülfe also darum angesprochen wird, um diese Verwirkung herbeizuführen.

Ist dagegen die Auflage von der Art, daß Niemand ein rechtliches Interesse an ihrer Erfüllung haben kann, so läßt sich auch ein Rechtszwang nicht denken. Die ganze Nebenbestimmung entbehrt des verpflichtenden Charakters.[2])

---

§ 511. «Wird die Erfüllung des Zwecks ohne Schuld des Erben oder Legatarii unmöglich; so muß der Vortheil zu einer anderen Bestimmung, welche der aus der Verordnung oder aus den Umständen sich ergebenden Absicht des Testators am nächsten kommt, verwendet werden.»

§ 512. «Kann auch dieses nach den Umständen nicht ge-

---

oder der Auflage gelegen ist, steht das Recht zu, von dem Bedachten die Erfüllung zu verlangen, auch demselben eine Frist für die Erfüllung nach richterlichem Ermessen setzen zu lassen ... „Bayer. Entw. eines bürg. G.-B. (1861) Th. I Art. 67. „Auf die Erfüllung einer giltigen Zweckbestimmung kann derjenige klagen, zu dessen Vortheil sie gemacht wurde, sei dieser nun einer der beim Rechtsgeschäfte Betheiligten oder ein Dritter ...

[1]) So bei mehreren Erben, denen gemeinschaftlich eine Auflage gemacht ist. Pompon. l. 7 D. de ann. leg. (33, 1): — in testamentis quaedam scribuntur, quae ad auctoritatem duntaxat scribentis referuntur, nec obligationem pariunt. Haec autem talia sunt, si te heredem solum instituam, et scribam, uti monumentum mihi certa pecunia facias; nullam enim obligationem ea scriptura recipit, sed ad auctoritatem meam conservandam poteris, si velis, facere; aliter atque si coherede tibi dato idem scripsero; nam sive te solum damnavero, uti monumentum facias, coheres tuus agere tecum poterit familiae erciscundae, uti facias, quoniam interest illius. Quin etiam si utrique jussi estis hoc facere, invicem actionem habebitis ... Ulp. l. 18 § 2 D. fam. ercis. (10, 2): Sed et quum monumentum jussit testator fieri, familiae erciscundae agent, ut fiat. Idem (Pomponius) tamen tentat, quia heredum interest, quos jus momenti sequitur, praescriptis verbis posse experiri, ut monumentum fiat.

[2]) Sächs. bürg. G.-B. § 2154. „Eine Zweckbestimmung oder eine Auflage, ... von welcher nicht zu ersehen ist, daß an deren Erfüllung irgend einer anderen Person gelegen ist, hat keine verbindende Kraft vorbehaltlich der Vorschrift im § 2237." (§ 2237. „Der Vollzieher [des letzten Willens] ... kann auf Erfüllung der Verfügungen klagen, bei welchen es sich blos um das persönliche Interesse des Erblassers handelt.")

schehen; so behält der Erbe oder Legatarius dennoch den ihm zugedachten Vortheil;»

§ 513. «Es wäre denn, daß aus der Verordnung oder den Umständen klar erhellete, daß der Erblasser dem Erben oder Legatario den Vortheil gar nicht zugewendet haben würde, wenn er die Nichterfüllung des bestimmten Zwecks vorausgesehen hätte.»

314. Diese Vorschriften behandeln die schon oben angedeutete Verschiedenheit zwischen dem Modus und der Bedingung, eine Verschiedenheit, die nach unserem Rechte insofern weit mehr hervortritt als darnach — abweichend vom römischen Recht — die einer letztwilligen Verordnung beigefügten unerfüllbaren Bedingungen, selbst die von vornherein unmöglichen, allemal die Zuwendung entkräften. Diesen strengeren Gesichtspunkt, der nach gemeinem Recht auch bei der Bedingung zum Theil gar nicht, zum Theil nur mit erheblichen Modificationen galt,[1]) hat das Landrecht nur rücksichtlich des Modus verlassen, indem es hier allein die verschuldete Nichterfüllung mit dem Verluste des zugedachten Vortheils bedroht.[2]) Es folgt daraus von selbst, daß eine auf etwas

[1]) Vergl. die obigen Erörterungen Nr. 309. Windscheid, die Lehre von der Voraussetz. Nr. 113.

[2]) Hierin stimmt also unser Landrecht mit dem röm. Rechte überein. Marcell. l. 17 pr. D. de leg. 2: Siquis Titio decem legaverit, et rogaverit, ut ea restitnat Maevio, Maeviusque fuerat mortuus, Titii commodo cedit, non heredis, nixi duntaxat ut ministrum Titium elegit. Idem est, et si ponas usumfructum legatum. Ulp. l. 8 § 7 D. de cond. inst. (28, 7): — Idem est, et si ita heres institutus esset quis: „Titius heres esto, ita ut Stichum manumittat," aut: „Titio centum ita lego, ut Stichum manumittat." Nam mortuo Sticho nemo dicet summovendum eum: non videtur enim defectus conditione, si parere conditioni non possit; implenda est enim voluntas, si potest. Julian. l. 92 § 1 D. de leg. 1: Si Titio pecunia legata fuerit, et ejus fidei commissum, „ut alienum servum manumitteret," nec dominus eum vendere velit: nihilominus legatum capiet, quia per eum non stat, quominus fideicommissum praestet: nam et si mortuus fuisset servus, a legato non summoveretur. cf. l. 1 C. de his quae sub modo (6, 45).

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 9. Febr. 1857 (Striethorst, Archiv B. 24 S. 42 f.). Vergl. Oesterr. bürg. G.-B. § 710. „In dem Falle, daß der Auftrag nicht — erfüllt werden kann, . . . behält doch der Belastete, wofern aus dem Willen des Erblassers nicht das Gegentheil erhellt, den zugedachten Nachlaß. Wer sich zur Erfüllung des Auftrages selbst unfähig gemacht hat, wird des ihm zugedachten Nachlasses verlustig."

von vornherein Unmögliches oder Unerlaubtes gerichtete Auflage keine rechtliche Verpflichtung erzeugen kann und daher als nicht geschrieben gilt,[1]) sofern nicht nach Maßgabe des § 511 eine andere Zweckbestimmung sich an die Stelle setzen läßt.[2]) Eine solche Umwandlung (Con-

[1]) Pompon. l. 7 D. de ann. leg. (33, 1): — Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda neque omnimodo observanda est; sed interventu judicis debent haec omnia, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Paul. l. 37 D. de cond. et dem. (35, 1): — totiens secundum voluntatem testatoris facere compellitur, quotiens contra legem nihil sit futurum —. Papin. eod.: Titio centum relicta sunt ita, ut a monumento meo non recedat, vel uti in illa civitate domicilium habeat. Potest dici, non esse locum cautioni, per quam jus libertatis infringitur. — Struv, synt. jur. civ. Exerc. 35 th. 104: Quemadmodum conditio, ita modus quoque impossibilis pro non adjecto habetur: nec tenetur adimplere heres, quod testator impie aut inepte voluit. Et si per ipsum, cui adscriptus, non stat, quominus impleatur, nihilominus relictum obtinet. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 § 11 Nr. 3: — Zuweilen wird auch der unerfüllte Modus pro impleto gehalten, wann die Erfüllung unmöglich ist, entweder impossibilitate physica vel morali, das ist, wann sie gegen die Natur, oder Ehrbarkeit und gute Sitte lauft. Sächs. bürg. G.-B. § 2154. „Ist der Zweck oder die Auflage unmöglich, oder widerstreitet deren Erfüllung den Gesetzen oder den guten Sitten, so ist eine solche Nebenbestimmung als nicht beigefügt zu betrachten." Die Beifügung eines absolut unmöglichen Modus gibt allerdings den gerechtesten Grund zu dem Zweifel, ob der Testator überhaupt den Liberalitäts-Willen gehabt, oder ob er es nicht vielmehr auf den augenfälligen Schein eines solchen abgesehen habe. Ist nach den obwaltenden Umständen Letzteres anzunehmen, dann liegt eine Willenserklärung gar nicht vor. — Nach diesem Gesichtspunkte erscheint es gerechtfertigt, wenn das Project. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 16 § 15 bestimmt: „Wann der Modus eine Ohnmöglichkeit mit sich führet: z. E. wann der Testator dem Legatario 100 Rth. legiret, um ein Schloß in die Luft zu bauen — so ist der Modus so wol als das gantze Legat null und nichtig..." Zu bemerken ist, daß der gedachte Paragraph eine seltsame Unterscheidung zwischen einem „schändlichen" Modus und einem solchen, „der gegen die guten Sitten läuft" aufstellt. Denn es wird gesagt: „— wann der Modus schändlich ist, z. E. wann der Testator dem Legatario 100 Rth. vermacht, um eine Maitresse davon zu unterhalten: so ist der Modus so wol als das gantze Legatum null und nichtig. Hingegen gilt das Legatum, wann der Modus wider die guten Sitten läuft, weil dieser Modus pro non adjecto gehalten wird: Daher wann der Testator dem Legatario 1000 Rth. vermacht, um die Religion zu verändern, darf dieser Modus nicht erfüllt werden, sondern er wird von der Disposition detrahiret, und pro non adjecto geachtet."

[2]) Modest. l. 16 D. de usu et usufr. (33, 2): — Modestinus respondit: cum testator spectaculum edi voluerit in civitate, sed tale, quod ibi celebrari

version), welche außer dem gedachten Falle auch dann erforderlich wird, wenn die von dem Testator zu dem bestimmten Zwecke ausgesetzte Summe dazu nicht hinreicht,[1]) kann aber immer nur unter Zuziehung und Genehmigung der Betheiligten und im Falle eines Widerspruches durch richterliche Entscheidung erfolgen.[2]) Unzweifelhaft ist die Zweckbestimmung als erledigt anzusehen, wenn der angegebene Zweck, zu dem eine Zuwendung geschehen, schon bei Lebzeiten des Erblassers in Erfüllung gegangen ist.[3])

Einer ganz anderen Beurtheilung als die Fälle, in denen die Erfüllung des Zweckes dem Bedachten ohne seine Schuld unmöglich ist, unterliegt aber der Fall, wenn der Testator die Erfüllung des einer Zuwendung beigefügten Zweckes späterhin einem Andern überträgt.

---

non licet, iniqunm esse, hanc qnantitatem, quam in spectacnlum defunctus destinavit, lucro heredum cedere; igitur adbibitis heredibus et primoribus civitatis inspiciendum est, in quam rem converti debeat fideicommissum, nt memoria testatoris alio et licito genere celebretnr. Valens l. 4 D. de adm. rer. ad civ. (50, 8): — Sed municipio pecuniam legatam, nt ex reditu ejns venatio, ant spectacula edantnr, Senatus in eas causas erogari vetuit, et pecuniam eo legatam in id, qnod maxime necessarinm municipibus videatur, conferre permittitnr, nt in eo munificentia ejus, qni legavit, inscriptione notetur. Groenewegen, tr. de legib. abrog. et inusit. ad Cod. 1, 2 l. 15 nr. 4: Si quis in testamento aliquid in probibitos nsus reliqnerit, non omnino corruit legatum, sed ex benigna interpretatione sustentatur, et relictum in similes, sed licitos nsns convertitur. Ratio est, quia in testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. cf. Brunnemann, com. in P. ad l. 16 cit. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 27. Legatum ad piam causam, abrogata ea, ad alios pios usus converti debet.

Oesterr. bürg. G.-B. § 710. „In dem Falle, daß der Auftrag nicht genau erfüllt werden kann, muß man demselben wenigstens nach Möglichkeit nahe zu kommen suchen ..."

[1]) Vergl. l. 4 D. de adm. rer. ad civ. (50, 8).

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 21. Decbr. 1857 (Striethorst, Archiv B. 28 S. 150 f.). Zuweit geht daher Brnnnemann l. c., wenn er unter Berufung auf Menoch. consil. 1199 nr. 9 den Satz aufstellt: Sic igitur execntores testamenti mntatis temporibns possunt modum a testatore praescriptum, salva dispositionis snbstantia, mutare. Vergl. Valens. l. 4 D. de adm. rer. ad civ. (50, 8): Legatam municipio pecuniam in aliam rem, qnam defunctus voluit, convertere citra Principis anctoritatem non licet —.

[3]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 1 nr. 13. Legatum relictum pro pnella maritanda an extinguatur, si ea vivo testatore nupserit.

Hier kommen die Grundsätze vom Widerrufe letztwilliger Verfügungen (ademtio legati) zur Anwendung.[1])

Von Bedingungen oder Zwecken zum Besten des gemeinen Wesens.

§ 514. «In allen Fällen, wo der Erblasser, bei Hinzufügung einer Bedingung oder eines Zwecks, die Beförderung des gemeinen Besten unmittelbar zum Augenmerke gehabt hat, ist der Staat auf deren Erfüllung zu dringen berechtigt.»

§ 515. «Macht derjenige, welchem bei unterbleibender Erfüllung das Erbtheil oder Vermächtniß zufallen würde, sich eines Verständnisses mit dem Belasteten zur Vereitelung der gemeinnützigen Absicht schuldig: so hat der Staat das Recht, für deren Erfüllung aus der dazu bestimmten Sache oder Summe selbst zu sorgen.»

315. Schon das römische Recht kannte die Vermittelung der Staatsgewalt zur Ausführung einer vom Testator getroffenen Zweckbestimmung und zwar ohne Beschränkung auf den im § 514 vorgesehenen Fall.[2])

---

[1]) Einen derartigen Fall, wo nach Bewandniß der vorliegenden Umstände eine ademtio legati anzunehmen war, entscheidet Scaevola in l. 30 § 2 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4).

[2]) Pompon. l. 7 i. f. D. de ann. leg. (33, 1): — Et in omnibus, ubi auctoritas sola testatoris est, neque omnimodo spernenda, neque omnimodo observanda est, sed interventu judicis haec omnia debent, si non ad turpem causam feruntur, ad effectum perduci. Modestin. l. 44 D. de man. test. (40, 4): Maevia decedens servis suis — libertatem reliquit his verbis: ... „ut monumento alternis mensibus lucernam accendant, et solennia mortis peragant..." Modestinus respondit: — officio judicis eos esse compellendos, testatricis jussioni parere. Papin. l. 50 § 1 D. de her. pet. (5, 3): — Quamvis enim stricto jure nulla teneantur actione heredes ad monumentum faciendum, tamen Principali vel Pontificali auctoritate compelluntur ad obsequium supremae voluntatis. Ulp. l. 92 D. de cond. et dem. (35, 1): — Arbitror tamen extra ordinem debere constitui, eum, qui agnovit id, quod sibi relictum est hac contemplatione, ut liberos suos emanciparet, cogendum emancipare; neque enim debet circumveniri testantium voluntas.. Cf. Authent. Licet testator ad l. 28 § 2 Cod. de episc. et cler. (1, 3).

In Deutschland führte dieser Gesichtspunkt in seiner weiteren Entwickelung zu der Annahme eines allgemeinen staatlichen Aufsichtsrechtes, vermöge dessen die Obrigkeit als supremus executor testamenti [1]) die gehörige Vollziehung letztwilliger Verordnungen zu überwachen hatte. [2])

Von den neueren Partikularrechten hat nur das Oesterreichische diesen Standpunkt festgehalten und mit starrer Consequenz durchzuführen gesucht. [3])

In den übrigen Gesetzgebungen hat dieses Prinzip keine Aufnahme gefunden. [4]) Es ist hier vielmehr die richtigere Ansicht zur Geltung gelangt, welche in den Motiven zum Großherz. Hessischen Entwurfe Abth. III S. 52 dahin ausgesprochen wird:

> „Die Wirkungen der Auflagen bestimmen sich nach dem rechtlichen Interesse, welches mit ihrer Vollziehung verbunden ist. Ein öffentliches Interesse versirt dabei so wenig, wie bei der Vollziehung letztwilliger Verfügungen überhaupt. Es kann daher ein obrigkeitlicher Zwang nur auf Anrufen der rechtlich Betheiligten zur Anwendung kommen. Auflagen, deren Vollziehung einem bestimmten

---

[1]) So stellt Leyser, med. ad P. sp. 374 m. 9 den Satz auf: Magistratus legitimus testamentorum executor est.

[2]) So verordnet das erneuerte gemeine L.-R. des Hertzogth. Würtemberg von 1610 Th. III Tit. 27 § 6. „Zum Fall von dem Testierer keine Executores ernennt weren, die Erben aber sich in Verrichtung deß Verstorbnen letzten Willens fahrläßig erzeigen würden, wöllen Wir Unsern Amptleuten und Gerichten hiermit ernstlich aufferlegt und bevohlen haben, das durch sie, oder durch zween oder mehr erbare Männer (so außer ihrem Mittel, oder von der Bürgerschafft zu erwählen) die Execution deß Testierers letzten Willens jetzt erzählter Maß und Ordnung, auf der Erben zimblichen Kosten verrichtet, und deßhalben ordentliche Rechnung erstattet werden solle" — eine Bestimmung, die sich fast wörtlich in der Kaiserl. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken von 1618 Th. III Tit. 72 § 4 wiederfindet. Eine gleiche Vorschrift enthält auch das L.-R. der Markgrafsch. Baaden ꝛc. von 1710 Th. V Tit. 24 § 9.

[3]) Unger, die Verlassenschaftsabhandlung in Oesterreich (Wien, 1862) S. 140: Nach Oesterreichischem Rechte liegt dem Erben ob, „den Willen des Erblassers so viel möglich zu erfüllen oder die Erfüllung sicher zu stellen und sich gegen das Gericht darüber auszuweisen (§ 817 a. bürg. G.-B. westgal. Gesetzb. II § 634). Diese Nachweisung erfolgt in der s. g. Testamentsausweisung, in welcher der Erbe „Punct für Punct zu zeigen hat, inwiefern die durch Testament oder Codicill getroffenen Anordnungen des Erblassers vollzogen seien" (§ 157 Pat. 1854). Das Abhandlungsgericht hat hiernach immer noch die unpassende Stellung und Aufgabe eines supremus executor testamenti.

[4]) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. §§ 2152, 2153 f. oben (S. 100 Note 2 S. 101 Note 1).

Dritten Vortheil gewähren kann, müssen gleich den Vermächtnissen behandelt werden; das Gesetz gibt dem Dritten ein Klagerecht. — Ist aber die Auflage nicht von der Art, daß ihre Vollziehung einem Dritten Vortheil bringen könnte, so kann das Gesetz den Erblasser nur auf das Institut der Testaments-Vollzieher verweisen, und nur demjenigen ein Klagerecht einräumen, den der Erblasser ausdrücklich und speziell zum Vollzieher seines letzten Willens bestellt hat."

316. Von einer Anwendung der Vorschrift des § 514 kann natürlich keine Rede sein, wenn es sich um eine dem Gemeinwohle schädliche Zweckbestimmung handelt. Ein solcher Fall ist vielmehr nach den oben über Unmöglichkeit und Unerlaubtheit des Modus angegebenen Grundsätzen zu beurtheilen.[1])

Von unbestimmten Bedingungen.

§ 516. «Sind nicht bestimmte Handlungen zu thun oder zu lassen anbefohlen worden; so können die nach Art einer Bedingung abgefaßten allgemeinen Ermahnungen zur Tugend, Ordnung, Sparsamkeit u. s. w. den Erben oder Legatarium nur in seinem Gewissen verbinden.»

§ 517. «Hat aber der Erblasser das Betragen des Erben oder Legatarii der Aufsicht gewisser Personen unterworfen, und von diesen wird ein dem Willen des Testators offenbar zuwiderlaufendes Betragen des Begünstigten dem Richter angezeigt und nachgewiesen; so geht, nach einer fruchtlos erfolgten gerichtlichen Warnung, die Erbschaft oder das Vermächtniß verloren.»

317. Der § 516 behandelt den schon oben (S. 152) berührten Fall eines nudum praeceptum,[2]) und zwar eines solchen, das schon

---

[1]) Papirius Justus l. 13 § 1 D. de pollic. (50, 12): Item rescripserunt (Imperatores Antoninus et Verus Augusti), conditiones donationibus appositas, quae in rem publicam fiunt, ita demum ratas esse, si utilitatis publicae interest; quodsi damnosae sint, observari non debere, et ideo non observandum, quod defunctus certa summa legata vetuit vectigal exerceri; esse enim tolerabilia, quae vetus consuetudo comprobat.

[2]) Vergl. auch Elvers, Vom nudum praeceptum testatoris und von der Vollziehung letztwilliger Anordnungen, besonders durch Testamentsexecutorie (im Archiv für praktische Rechtswiss. IV S. 114 f.).

seiner Unbestimmtheit wegen ohne rechtliche Bedeutung ist.[1]) Die hieran sich unmittelbar anschließende Ausnahmevorschrift des § 517 leidet selbst an einer solchen Unbestimmtheit und Unklarheit, daß sie für die Praxis geradezu unbrauchbar ist. Es ist damit gewissermaßen ein Indiguitätsfall geschaffen, der aller Anknüpfung an das bestehende Recht entbehrt.[2]) Der Bedachte soll zur Strafe seines dem Willen des Testators offenbar zuwiderlaufenden Betragens der ihm gemachten Zuwendung (Erbschaft oder Vermächtniß) verlustig gehen. Man fragt vor Allem: handelt es sich hier um einen vermöge **des Gesetzes**, oder vermöge des Willens des Testators eintretenden Verlust? Das Ober-Tribunal nimmt Ersteres an, jedoch nur sofern der Testator nicht eine entgegengesetzte Bestimmung getroffen hat; dasselbe faßt also die fragliche Vorschrift zwar als eine gesetzliche, aber nur subsidiär wirksame Verlustandrohung auf.[3]) Seine (in der Note 3 mitgetheilten)

---

[1]) Vergl. Ulp. l. 11 § 2 D. de leg. 3: Si ita quis scripserit: illum tibi commendo," Divus Pius rescripsit, fideicommissum non deberi; aliud est enim personam commendare, aliud voluntatem suam fideicommittentis heredibus insinuare.

[2]) Einige Aehnlichkeit damit hat nur die Vorschrift der erneuerten Frankf. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 11 § 9. „Wann aber der Testirer kein Testamentarien noch Executorn in seinem Testament geordnet hette: Alßdann gebürt den Testaments Erben die Execution und Vollziehung deß Testoments, und auch in obbestimpter Zeit, gebührlicher Weiß zu thun." § 10. „Da sie auch über der Legatarien und anderer Interessirten anhalten, ermeldte Execution in obbestimpter Zeit, nachdem die Erbschaft adirt, nicht vollziehen würden, Ohn daß sie dessen redliche Entschüldigung hetten: So sollen sie dardurch ihre verordnete Antheil solcher Erbschafft verwürkt, und dieselben den Erben ab intestato, so sonst deß Testirers nechste Blutserben seyndt, zu zweyen Drittheilen, Uns dem Raht aber, zu unserm Stattbauw, das übrig Dritte Theil verfallen seyn: Und sollen nicht desto weniger auch die Legata, (wann sich der Verlaß so weit erstreckt) verreicht werden."

Vergl. auch c. 6 X de test. (3, 26): Si heredes jussa testatoris non impleverint, ab Episcopo illius omnis res, quae illi relicta est, auferatur cum fructibus et emolumentis, ut vota defuncti impleantur.

[3]) Erkenntniß vom 25. Juni 1858. In den Gründen wird ausgeführt: — Es rechtfertigt sich die Annahme, daß der Zweck und mithin der Hauptinhalt des § 517 der ist, den vorhandenen, jedoch nur unbestimmten Bedingungen in dem hervorgehobenen besonderen Falle Wirksamkeit und somit wiederum dem Willen des Erblassers indirect Geltung zu verschaffen. Die Anordnung darüber, wie über den Eintritt der Bedingung zu entscheiden sei, ist daher etwas Nebensächliches und wird erst für den Fall nöthig, wenn der Testator seinen Willen hierüber nicht erklärt hat. In diesem Falle muß allerdings den dabei concurrirenden dritten Personen ein Weg angegeben werden, wie sie die

Entscheidungsgründe, denen, soweit sie der Ansicht des Appellationsrichters entgegentreten, unbedenklich beizupflichten ist, kommen aber am Ende darauf hinaus, daß die Bestimmung des § 517 als ein Ausfluß des Willens des Testators anzusehen und nur das zur Ausführung dieses Willens einzuschlagende Verfahren vom Gesetz in Ergänzung der testamentarischen Anordnung (subsidiär) geregelt sei. Dieser Gesichtspunkt ist auch in der That der allein richtige; aber eben deshalb erscheint die ganze Vorschrift werthlos. Hat der Testator mit der von ihm angeordneten Beaufsichtigung des Bedachten wirklich die Absicht gehabt, ihm bei unmoralischem Verhalten das Zugewendete wieder zu entziehen, also der Erbeinsetzung oder Vermächtnißanordnung eine auflösende Bedingung beizufügen, so ist es seine Sache, diesem Willen den nöthigen Ausdruck zu geben.[1]) Das Gesetz hat nicht die Aufgabe, ihm hierbei entgegenzukommen und seinen Willen zu ergänzen. Noch weniger bedarf es für diesen Spezialfall der Regelung eines besonderen Verfahrens, wobei noch dazu dem Richter ein seiner Stellung gar nicht entsprechendes amtliches Einschreiten (man weiß nicht, ob vermöge der freiwilligen oder der streitigen Gerichtsbarkeit) zugemuthet wird, da die allgemeinen Grundsätze über die Wirkung der einem letzten Willen beigefügten Resolutivbedingungen vollkommen ausreichen.

Wirksamkeit der Bedingung realisirbar machen könnten; und daß alsdann im Interesse des Honorirten die gerichtliche Mitwirkung in der geschehenen Weise vorgeschrieben ist, rechtfertigt sich um so mehr, als nun eben nicht der directe Wille des Erblassers, sondern das Gesetz dem Bedachten die Zuwendung im Falle des § 517 wieder entzieht. Es ist hiernach die Ansicht des Appellationsrichters, daß der § 517 Vorschriften des öffentlichen Rechts enthalte, die durch Privatdisposition nicht abgeändert oder in ihrer Anwendung ausgeschlossen werden können, nicht richtig. Diese rein civilrechtlichen Vorschriften treten nur subsidiär ein, wenn der Testator keine Bestimmung getroffen. Hat er diese aber festgesetzt, namentlich, wie ihm doch sonst freisteht, die Entscheidung über den Eintritt der Bedingung dem freien Ermessen dritter Personen übertragen, so ist gar nicht abzusehen, weshalb gerade im Falle des § 517 seine Wille habe eingeschränkt und er an ein Verfahren habe gebunden werden sollen, welches geradezu gegen seinen Willen verstößt. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 39 S. 85 f.)

[1]) Die s. g. clausula privatoria (s. oben zu § 457), die Androhung des schwersten Rechtsnachtheils, der einen Bedachten überhaupt treffen kann, versteht sich niemals von selbst.

§ 518. »Falsche Benennungen oder Bezeichnungen machen die Verfügung des Erblassers nicht ungültig, wenn nur sonst die wahre Absicht desselben deutlich erhellt.«

318. Dieser Grundsatz, den unser Landrecht im § 151 Tit. 4 für Willenserklärungen überhaupt aufstellt, wird auch in den römischen Rechtsquellen in seiner Anwendung auf letztwillige Verfügungen nachdrücklich hervorgehoben.[1]) Die demonstratio — diejenige Hinzufügung, die nur zur näheren Bezeichnung von Person oder Sache gemacht worden —[2]) bildet als solche keine Voraussetzung der letztwilligen Ver-

[1]) § 29 J. de leg. (2, 20): Si quis in nomine, cognomine, praenomine legatarii erraverit: si de persona constat, nihilominus valet legatum. Idemque in heredibus servatur, et recte. Nomina enim significandorum hominum gratia reperta sunt: qui si alio quolibet modo intelligantur, nihil interest. § 30. Huic proxima est illa juris regula, falsa demonstratione legatum non perimi. Velnti si quis ita legaverit, „Stichum servum meum vernam do lego": licet enim non verna, sed emtus sit, si de servo tamen constat, utile est legatum. Et convenienter si ita demonstraverit, Stichum servum, quem a Sejo emi, sitque ab alio emtus, utile est legatum, si de servo constat. Marcian. l. 33 pr. D. de cond. et dem. (35, 1): Falsa demonstratio neque legatario, neque fideicommissario nocet, neque heredi constituto; velnti si fratrem dixerit, vel sororem, vel nepotem, vel quodlibet aliud, et hoc ita juris civilis ratione et Constitutionibus Divorum Severi et Antonini cautum est. Florentin l. 34 pr. eod.: — demonstratio plerumque vice nominis fungitur. Nec interest, falsa an vera sit, si certum sit, quem testator demonstraverit. Javolen. l. 40 § 4 eod.: — demonstratio falsa legatum non perimit. Marcian. l. 48 § 3 D. de her. inst. (28, 5): Si in patre, vel patria, vel alia simili assumtione falsum scriptum est, dum de eo, qui demonstratus sit, constet, institutio valet. Ulp. l. 1 § 8 D. de dot. prael. (33, 4): — quidquid demonstratae rei additur satis demonstratae, frustra est. l. 4 C. de test. (6, 23): Si in nomine, vel praenomine, seu cognomine testator erravit, nec tamen de quo senserit, incertum sit, error hujusmodi nihil officit veritati. l. 7 § 1 C. de leg. (6, 37): Error autem nominum in scriptura factus, si modo de mancipiis vel possessionibus legatis non ambigitur, jus legati dati non minuit.

Vergl. überhaupt Donell. com. de jur. civ. Lib. VII cap. 14 §§ 19—24. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IV tit. 5. Vinnii sel. jur. quaest. Lib. II cap. 27. v. Vangerow, Pandekt. II § 433 Anm. Windscheid, die Lehre von der Voraussetzung S. 130 f. Otto Mueller, de falsa demonstratione heredis institutioni vel legato adjecta comment. Lips., 1861. (Vergl. die günstige Beurtheilung in Schletter's Jahrbüchern IX S. 12.)

[2]) Nettelbladt, syst. element. univ. jurispr. nat. Edit. V (Hal. 1785) § 124. — Demonstratio est adjectio mentis declarationi facta, quae continet descriptionem rei vel personae, quam concernit.

fügung; ihre Unrichtigkeit ist daher einflußlos, sofern das wirklich Gewollte anderweitig erkennbar ist, es also dem wahren Willen, ungeachtet jener fehlerhaften Bezeichnung, nicht an dem gehörigen Ausdrucke fehlt.[1]) Ist Letzteres der Fall, dann kann die Verfügung nicht bestehen, weil es an einer dem Willen entsprechenden Erklärung mangelt, also das Erklärte nicht gewollt, das Gewollte nicht erklärt ist.[2]) „Hat daher der Erblasser — wie es das Sächs. bürg. Gesetzb. § 2080 ausspricht[3]) —

[1]) Revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 11. „Begäbe es sich auch, daß der Testirer einem etwas verordnet, und in desselben Legatarii, oder auch der Erben, Nahmen geirret hätte: So ist an solchem Irrthumb nicht gelegen, wann man allein weiß, wer die Person sey: Dann die Nahmen seynd allein darumb erdacht, daß man die Leute dabey erkennen solle. Deshalber, wo man zu solcher Erkänntnüß durch andere Anzeigen oder Zeichen kommen mag, gilt es eben so viel: Und ob gleich auch in solchen Anzeigen geirret würde, so ist nicht daran gelegen, so man allein weiß, wer die Person sey, der legiret worden ist..." Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 11. „Die Beweg-Ursache (Causa) oder der Ausdruck einer gewissen Eigenschaft, welche nur der Beschreibung halber beygefügt wird (Demonstratio) thut 1mo weder die Erb-Einsetzung suspendiren, noch wenn sie sich nach der Hand falsch bezeigt, dieselbe entkräften, es sey denn, daß sie auf einem Substantial-Irrthume beruht..." Oesterr. bürg. G.-B. § 571. „Zeigt sich, daß die bedachte Person, oder die vermachte Sache nur unrichtig benannt, oder beschrieben worden, so ist die Verfügung giltig." Sächs. bürg. G.-B. § 2081. „Es ist gleich, ob der Erblasser den Bedachten oder den Gegenstand ausdrücklich benannt oder durch Angabe von Merkmalen und Eigenschaften bezeichnet hat. Im letzteren Falle macht eine Unrichtigkeit in der Bezeichnung den letzten Willen nur nichtig, wenn sich die wahre Absicht des Erblassers nicht erkennen, auch sonst nicht ermitteln läßt."

[2]) Paul. l. 3 D. de reb. dub. (34, 5): — qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id quod vult, quia id non loquitur.

Mantica, de conj. ult. vol. Lib. III tit. 2 nr. 3: Satis non est, testatoris voluntatem prudenti consideratione imaginari, nisi ex verbis ea concipi possit. Nec enim sufficit dicere, testator sic voluit, nisi hoc verbis etiam expresserit, — cujus rei sunt plena omnium doctorum consilia.

[3]) Siebenhaar, Comment. III S. 231 bemerkt dazu: Das B. G.-B. geht von dem allgemeinen Grundsatze aus, daß es lediglich auf den Willen des Erblassers ankommt, mithin alle Verfügungen, von welchen anzunehmen ist, daß sie den Willen des Erblassers ausdrücken, so und in dem Umfange gelten, wie sie gewollt worden sind, dagegen alle Verfügungen, von welchen nachgewiesen werden kann, daß sie von dem Erblasser nicht gewollt worden sind, nicht gelten. Die probatio contrarii ist daher überall zuläßig und es kann dieselbe namentlich auch auf formlose Erklärungen des Erblassers, welche vor oder nach der Errichtung des letzten Willens liegen, gestützt werden.

eine andere Person, als die, welche er bedenken wollte, oder einen anderen Gegenstand, als den, welchen er zuwenden wollte, angegeben, oder sonst etwas Anderes, als er gewollt, ausgesprochen, so ist der letzte Wille nichtig." [1])

319. Der gleichen Beurtheilung, wie die irrige Bezeichnung, unterliegt auch der irrige Beweggrund (falsa causa).[2]) Es gilt als Regel: falsa causa non nocet.[3]) Dieser Satz aber soll, wie Windscheid

---

[1]) Ulp. l. 9 pr. D. de her. inst. (28, 5): Quoties volens alium heredem scribere, alium scripserit in corpore hominis errans, veluti: „frater meus, patronus meus," placet, neque eum heredem esse, qui scriptus est, quoniam voluntate deficitur, neque eum, quem voluit, quoniam scriptus non est. § 1. Et si in re quis erravit, utputa dum vult lancem relinquere, vestem legat, neutrum debebit (näml. heres). Id. l. 4 pr. D. de leg. 1: — Quodsi quis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi; quemadmodum siquis putet, auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius, vestis appellatione etiam argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia.

Oesterr. bürg. G.-B. § 570. „Ein wesentlicher Irrthum des Erblassers macht die Anordnung ungiltig. Der Irrthum ist wesentlich, wenn der Erblasser die Person, welche er bedenken, oder den Gegenstand, welchen er vermachen wollte, verfehlt hat." Vergl. auch B. I S. 344, 345 und v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) II. S. 701.

[2]) Klein, Grundſ. der natürl. Rechtsw. (Halle, 1797) § 16. Der Bewegungsgrund besteht in der Vorstellung, welche die Ursache des Entschlusses zur Handlung ist.

[3]) § 31 J. de leg. (2, 20): Longe magis legato falsa causa non nocet: veluti cum quis ita dixerit: „Titio, qui me absente negotia mea curavit, Stichum do lego," vel ita: „Titio, quia patrocinio ejus capitali crimine liberatus sum, Stichum do lego." Licet enim neque negotia testatoris unquam gessit Titius, neque patrocinio ejus liberatus est, legatum tamen valet —. Gaj. l. 17 § 2 D. de cond. et dem. (35, 1): Quod autem juris est in falsa demonstratione, hoc vel magis est in falsa causa, veluti ita: „Titio fundum do, quia negotia mea curavit," item „Fundum Titius filius meus praecipito, quia frater ejus ipse ex arca tot aureos sumsit." Licet enim frater hujus pecuniam ex arca non sumsit, utile legatum est.

Revid. L.-R. des Herzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 2 § 11. „— Ebenmäßig so wird ein Legat oder Verordnung durch Anzeigen einer falschen Ursach auch nicht geschwächt oder verhindert. Als, wann geordnet und gesetzt würde: Ich legire und bescheide dem N. das Gut oder hundert fl. umb des willen, daß er in meinem Abwesen meine Handlung verrichtet hat; In diesem Fall ist und bleibt die Verordnung und das Legat kräfftig, obgleich der N. dem gestorbenen Testirer

a. a. O. S. 139 bemerkt, „nichts Anderes sagen, als daß das in der That nur als Beweggrund Gemeinte nicht schon deswegen für eine Voraussetzung gehalten werden dürfe, weil es ausgesprochen worden sei. Er soll nicht sagen, daß der Beweggrund gar nicht zur Voraussetzung erhoben, und für eine solche nicht anders gehalten werde dürfe, als wenn das ausdrücklich erklärt sei. Auch von ihm kann, daß er Voraussetzung sei, aus den Umständen erkannt werden." Ist der irrige Beweggrund erweislich die einzige Veranlassung der letztwilligen Zuwendung, so ist diese ungültig.[1])

Eine solche Ungültigkeit kann aber immer nur unter folgenden Voraussetzungen eintreten:

a. der als falsch bezeichnete Beweggrund muß vom Erblasser **ausdrücklich angeführt** sein;[2])

---

gar nichts verrichtet hätte. Dann in diesem Fall ist mehr auf des Testirenden Willen, als die Ursach zu sehen —." Vergl. Windscheid, die Lehre von der Vorauss. S. 138 f. Lehrb. des Pandektenr. I § 78. Förster, Theorie und Praxis I § 39.

[1]) Papin. l. 72 § 6 D. de cond. et dem. (35, 1): Falsam causam legati non obesse verius est, quia ratio legandi legato non cohaeret; sed plerumque doli exceptio locum habebit, si probetur, alias legaturus non fuisse. (Windscheid a. a. O. S. 139: „Wenn auch, sagt Papinian, der Beweggrund als solcher mit dem Vermächtnisse, nachdem er es hervorgerufen hat, in keiner Verbindung mehr steht, und daher von ihm in keiner Weise dessen Wirksamkeit abhängt; so ist es doch anders, wenn sich nachweisen läßt, daß der Verfügende seine Verfügung von dem Grunde, durch welchen er zu derselben bestimmt worden ist, nicht losgelöst habe, daß er sie gemacht habe als eine nur auf ihm beruhende, als eine, die er ohne ihn nicht gemacht haben würde. Das drücken wir ebenso aus: anders ist es, wenn der Beweggrund Voraussetzung der Verfügung war.") l. 4 C. de her. inst. (6, 24): Si pater tuus eum quasi filium suum heredem instituit, quem falsa opinione ductus suum esse credebat, non instituturus, si alienum nosset, isque postea subditus esse ostensum est: auferendam ei successionem, Divorum Severi et Antonini placitis continetur. Oesterr. bürg. G.-B. § 572. „Auch wenn der von dem Erblasser angegebene Beweggrund falsch befunden wird, bleibt die Verfügung giltig; es wäre denn erweislich, daß der Wille des Erblassers einzig und allein auf diesem irrigen Beweggrunde beruht habe." Sächs. bürg. G.-B. § 2079. „Ein letzter Wille, zu welchem der Erblasser durch eine irrige Voraussetzung bestimmt wurde, ist nichtig. Die Unrichtigkeit eines von ihm angegebenen Beweggrundes hat die Nichtigkeit des letzten Willens nur zur Folge, wenn anzunehmen ist, daß der Erblasser die Verfügung nicht getroffen haben würde, falls er das wahre Sachverhältniß gekannt hätte."

[2]) § 150 Tit. 4 Th. I A. L.-R. „Hingegen sind Willenserklärungen, woraus

b. es muß die Unrichtigkeit desselben feststehen, also eine falsa causa vorliegen;

c. endlich — was das Wichtigste ist — es muß erhellen, daß der Erblasser ausschließlich durch seine irrige Voraussetzung zu der letztwilligen Verfügung bestimmt worden ist, es muß also eine falsa causa vorliegen.[1])

---

nur der, zu dessen Gunsten sie geschehen, allein den Vortheil ziehen würde, unkräftig, sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen sei." Hiermit stimmt überein der Großh. Hessische Entw. Abth. III Art. 48. „— Solche Beweggründe des Erblassers, die derselbe nicht in dem letzten Willen selbst angegeben hat, kommen rechtlich nicht in Betracht. Diese letztere Bestimmung leidet jedoch keine Anwendung, wenn der Irrthum des Erblassers durch Betrug erzeugt war." (Motive S. 39: Der Entwurf will, daß nur solche Motive berücksichtigt werden, welche der Erblasser in dem letzten Willen selbst angegeben hat. Es wird hierdurch bezweckt, der Unterschiebung falscher Motive vorzubeugen und die zahllosen Prozesse zu verhindern, die sicher nicht ausbleiben würden, wenn es denen, die bei der Anfechtung eines letzten Willens ein Interesse haben können, gestattet wäre, auch auf Beweggründe sich zu berufen, die nicht aus dem letzten Willen ersichtlich sind.)

Weniger scharf drückt das gedachte Erforderniß aus das Oesterr. bürg. G.-B. § 572 (s. Note 1). Vergl. Unger § 13 Note 3, welcher zur Berücksichtigung der falsa causa es nicht gerade für erforderlich hält, daß dieselbe in der letztwilligen Verfügung selbst angegeben sei. — Das Sächsische bürg. G.-B. § 2079 (s. Note 1) unterscheidet zwischen Voraussetzung und Beweggrund. Siebenhaar, Com. III S. 230 macht darauf aufmerksam, daß nach dem ersten Satze des § der Nachweis, es sei der Erblasser zu der letztwilligen Verfügung durch eine irrige Voraussetzung bestimmt worden, nicht bloß in dem Falle, wo der Erblasser die Voraussetzung angegeben hat, sondern auch unbedingt zuläßig sei, daß hiernach Jedem, welcher eine ihm nachtheilige letzwillige Verfügung auf eine irrige factische Voraussetzung, von welcher der Erblasser bestimmt worden, zurückführen zu können glaubt, der Beweis einer solchen, z. B. daß, wenn er ein Descendent des Erblassers ist, dieser ihn für todt gehalten, oder eine Person, von welcher er geglaubt, daß sie mit ihm verwandt sei, zum Erben eingesetzt habe, also der Beweis der falsa causa unbenommen sein werde, ohne Unterschied, ob in dem letzten Willen die causa angegeben worden, oder nicht.

[1]) Die älteren Praktiker sprechen hier von einer causa finalis — im Gegensatze der c. impulsiva (s. oben S. 152 Note 3) und behandeln vielfach die Frage, in wie fern für die eine oder die andere eine Vermuthung streite. Brunnemann, com. in P. ad l. 17 de cond. et dem. nr. 4 sq.: — Et haec causa, sine qua alias non erat relicturus, ICtis vocatur causa finalis, quae tamen in dubio non praesumitur... Id. ad l. 72 eod. nr. 5 sq.: — Sed causa finali cessante, cessat etiam ipsa dispositio — causa finalis

In allen diesen Richtungen, namentlich auch in letzterer Hinsicht, hat der Anfechtende den Beweis zu führen,[1]) weil eine ihn dieser Beweispflicht überhebende Rechtsvermuthung nicht anzuerkennen ist. Es genügt daher weder der Beweis der Unrichtigkeit des angeführten Grundes,[2]) noch auch des Umstandes, daß der Testator denselben in der That für wahr gehalten hat, weil damit noch immer nicht feststeht, daß er, wenn ihm das wahre Sachverhältniß bekannt gewesen wäre, die Verfügung nicht getroffen haben würde.[3]) Der Beweis selbst kann,

---

autem est, quando testator alias legaturus non fuisset, et hoc probetur. Sane in dubio praesumitur potius causa impulsiva quam finalis... Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 14 nr. 17: Neque illud omittendum censeo, quod si ratio sanguinis movit testatorem ad instituendum, vel legandum, illa praesumitur causa finalis, et ideo, si est falsa, vitiat institutionem et legatum — et hoc verum est, nisi testator sciverit eum non esse sibi conjunctum... Consil. Tubing. Vol. II cons. 19. Cessante causa impulsiva, vel finali quatenus etiam effectus, et in specie legata, heredis institutio, vel substitutio et similia cessent. — In dubio utrum causa praesumatur finalis an impulsiva?

[1]) Voet, com. ad P. 35, 1 nr. 9: — Si tamen heres docere possit, testatorem non fuisse legaturum, si scivisset causam falsam esse, adeoque falsam causam legato cohaerere, legatarium agentem doli exceptione repellere potest. Resp. Jurisc. Holl. p. 3 vol. 2 cons. 8 nr. 2, 3. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 § 11 Nr. 5: — Obige Regul (quod falsa causa non vitiet ultimam voluntatem) wird billig limitirt, wann die Causa auf einem erweißlich oder sonst offenbaren Haubt-Irrthum beruhet, ohne welchem nämlich der Testator an die Disposition nimmermehr gekommen wäre —. Vergl. v. Holzschuher, Theorie und Casuist. (3. Aufl.) II S. 698.

[2]) S. Stryk, usus. mod. P. Lib. 30 § 37 i. f.: — Sunt enim plerumque homines ita comparati, ut versas causas tegant, et praetextus scienter referant, ut aliorum sinistra judicia declinent, quibus imprimis judicia defunctorum exposita sunt. v. Kreittmayr a. a. O.: Ratio regulae ist, weil die causa movens mit der Disposition keine unzertrennliche Connexion hat, indeme Testator auch ohne selber auf die nemliche Art zu disponiren vermöcht hat, oder besser zu sagen, weil er auch ohne selber so disponirt zu haben vermuthet wird, zu geschweigen, daß auch der Mensch seine wahre Ursach oft durch Vorspiegelung anderer, obschon unerfindlicher Ursachen, zu verdecken pflegt —.

[3]) Vergl. Paul. l. 65 § 2 D. de cond. ind. (12, 6): Id quoque quod ob causam datur, puto quod negotia mea adjuta ab eo putavi, licet non sit factum: quia donare volui, quamvis falso mihi persuaserim, repeti non posse. Donell. com. de jur. civ. Lib. VIII cap. 24 § 15: — testator ita scripsit: „lego Titio centum, quia negotia mea curavit." Etiam si legatarius negotia non curavit, nihilominus centum debebuntur... At quid, si testator putavit, curata esse, et falso id sibi persuasit? Et regula ad hunc quoque pertinet. Nam et in contractibus, si quis quid alteri dedit ob hanc causam praeteritam,

wenn nicht schon der Inhalt des letzten Willens selbst den nöthigen Aufschluß gibt, nur aus den obwaltenden Umständen entnommen werden[1]) und wird daher meist ein s. g. künstlicher sein, wobei nichts entgegensteht, ihn durch einen nothwendigen Eid zu ergänzen. Einen solchen künstlichen Beweis will jedoch der Großherz. Hessische Entwurf eines bürgerl. Gesetzbuches nicht zulassen, vielmehr das zu c gedachte Erforderniß nur dann als feststehend ansehen:

> „wenn aus dem letzten Willen selbst hervorgeht, daß der Erblasser die Verfügung nicht getroffen haben würde, wenn er von der Irrthümlichkeit des Beweggrundes unterrichtet gewesen wäre." [2])

---

quod cui datur, negotia dantis curasset, etsi non factum sit, et qui dat, in eo erret, datum tamen consistit, nec repeti potest... Quae si in contractibus servantur: multo magis in supremis voluntatibus valebunt, in quibus omnia plenius interpretamur, quo magis voluntas exitum habeat.

Dem entgegen lehrt Hommel, Rhaps. VI obs. 757, unter Mittheilung eines Responsum der Leipz. Jur. Facultät: Quod dicitur falsam causam legato adscriptam legato nihil derogare, valet tantum de eo, si ipse testator probe scivit, causam, quam adducat, falsam esse, adeoque volens sciensque aliquid simulaverit; si autem per errorem veram esse causam testator putaverit, quae deinde falsa reperiatur, et sic ob putativam causam legaverit, legatarius legato excidit. Probatio quidem, si tali opus sit, testatorem acivisse causam esse falsam, videri poterat legatario tanquam petitori injungenda; sed verius puto pro legatario praesumtionem militare, adeoque heredi potius hujus suae exceptionis probationem injunxerim.

[1]) Donell. l. c. § 29. Deprehenditur haec voluntas partim ex anterioribus sermonibus testatoris, partim ex conceptione ipsa legati § 30. Ex sermonibus testatoris: ut si testator aliquando apud amicos, aut propinquos ita dixit: Si Titius negotia mea non curasset, nihil haberem, cur ei quidquam relictum vellem. Nunc cum negotia mea curavit, ut fecisse dicitur, facere non potui, quin hoc officium aliquo legato remunerarem. Finge ergo, negotia testatoris a legatario curata non esse, voluntas facit, ne legatum peti possit...

[2]) Motive S. 39: Zum Beweise des Irrthums soll nur der Inhalt des letzten Willens selbst als Mittel dienen können. Durch andere Mittel kann der zu beweisende Umstand nicht zur Gewißheit gebracht werden. Das, was der Testator über das ihn leitende Motiv anderwärts ausgesprochen hat, kann ernstlich gemeint gewesen und wahr seyn, eine sichere Bürgschaft dafür gibt es aber nicht. Nur da, wo der Irrthum des Erblassers durch Betrug erzeugt worden war, soll auch auf andere Beweggründe, als die in dem letzten Willen selbst angegebenen, recurrirt werden dürfen. Zur Entdeckung eines Betruges muß jedes rechtliche Mittel erlaubt seyn, und es soll der Betrüger dadurch, daß er den Erblasser auch noch weiter verleitet, den ihm untergeschobenen falschen Beweggrund in dem letzten Willen zu verschweigen, nicht die Hoffnung haben, die Entdeckung des Betruges zu verhindern.

Eine solche, der schon in der Natur der Sache begründeten Schwierigkeit des Beweises hinzutretende Beschränkung desselben erscheint jedoch durch die Unsicherheit des Beweisergebnisses nicht gerechtfertigt, da es ja immer der richterlichen Beurtheilung anheimgestellt bleibt, ob zureichende Beweismomente vorliegen.[1])

Auslegungsregeln.[2])

§ 519. «Ueberhaupt sind letztwillige Verordnungen im zweifelhaften Falle so zu deuten, wie sie nach den Vorschriften der Gesetze am besten bestehen können.» [3])

320. Paul. l. 5 D. test. quemad. aper. (29, 3): Publice expedit suprema hominum judicia exitum habere.

---

[1]) Am weitesten geht das Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 16 § 8, welches den hier fraglichen Beweis geradezu abschneidet, indem es bestimmt: „— Wann sich nun findet, daß die angeführte causa irrig und falsch sey, wird dadurch das Legatum gleichfalls nicht aufgehoben; weil die Haupt-Intention bleibet, daß der Testator den Legatarium habe beneficiren wollen. Wann also der Testator dem Cajo 100 Th. legiret, weil er ihm das Leben gerettet, oder weil er ihm viel Guts gethan ꝛc. so muß der Erbe die 100 Th. bezahlen, wann auch die angeführten Ursachen irrig gefunden werden: und soll gleichfalls nicht untersucht werden, ob der Testator, wann er den Irrthum gewußt hätte, den Cajum würde bedacht haben oder nicht."

[2]) Mantica, tractatus de conjecturis ultimarum voluntatum. Francof. ad Maen. 1580. Menochius, de Praesumtionibus. Genev. 1724. Lib. IV. De praesumtionibus, conjecturis, signis et indiciis, quae circa ultimas dispositiones et voluntates morientium versantur.

v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 12 spricht sich über die Literatur dieser Lehre sehr unglimpflich dahin aus: Was für unbeschreibliche Mühe sich allschon viele von den älteren Jureconsultis in Bestimmung richtiger Interpretations-Reguln sonderbar circa ultimas voluntates gegeben haben, beweisen die Volumina, welche von Menochio, Mantica, Simone de Praetis, Alciato, Rogerio, Gentili und mehr anderen hierüber verfertiget worden seynd. Es trift bey ihnen und all jenen, welche die Auslegungs-Kunst hieraus erlernen wollen, nur gar zu gewis ein, was man von einem Juristen überhaupt sagt: Er müsse einen goldenen Beutl, eisernen Kopf und bleyernen Podicem haben, um so kostbar alß weitschichtige Bücher beyschaffen, durchlesen und in der Gedächtnuß halten zu können. Mit allem deme bringt man hieraus nichts anders als eine unendliche Farraginem von lauter verwirrt und übel zusammenhangenden Sätzen zuwegen, welche meistentheils ex jure Romano geborgt, mithin auch aus ganz unreiner Quell geschöpft seynd... Man hat hierin weder dem Röm. Recht, noch den

Marcell. l. 24 D. de reb. dub. (34, 5): Quum in testamento ambigue aut etiam perperam scriptum est, benigne interpretari et secundum id, quod credibile est cogitatum credendum est.

Id. l. 10 pr. D. de inoff. test. (5, 2): Si pars judicantium de inofficioso testamento contra testamentum, pars secundum id sententiam dederit, quod interdum fieri solet: humanius erit, sequi ejus partis sententiam, quae secundum testamentum spectavit, nisi si aperte judices inique secundum scriptum heredem pronuntiasse apparebit.

C. 26 X. de sent. et re jud. (2, 27): Duobus judicibus diversas sententias proferentibus, tenet pro reo, non pro actore sententia, nisi in causa favorabili, puta — testamento pro ipso fuerit promulgata.

C. 15 i. f. X. de test. (3, 26): Testatoris dispositionem propter ultimae voluntatis favorem satis decens est observare, ubi neque fraus intervenit, neque dolus, ne quisquam nimium defraudetur debita portione.[4])

Elvers, theoretisch-practische Erörterungen aus der Lehre von der testamentarischen Erbfähigkeit (Göttingen, 1827) S. 69, 70: Die gemeine civilistische Praxis sprach nicht minder wie das canonische Recht den Grundsatz aus: Testamentum et voluntas testatoris favorabilis est. (Dom. Tuschi pract. concl. jur. T. 8. I. concl. 90.) Auch betrachtete sie es selbst als eine Vorschrift des jus naturale, daß der Wille des Testators stets, soweit irgend möglich, aufrecht erhalten werden müßte. Aus diesen Grundsätzen flossen auch eine Menge milder Bestimmungen, die durch den Gerichtsgebrauch und die communis opinio Doctorum getragen wurden (Thesaurus commun. opin. s. v. Testamentum). Zu diesen gehörte insbesondere auch die entschiedene Annahme: „Ubi duae sunt opiniones, illa est sequenda, quae pro testamento" (Boeri decis. Burdegalenses, Dec. 38 n. 26. D. Tuschus l. c. und die von ihm angeführten zahlreichen Autoren). Auch die deutsche Praxis erkannte dies aufs entschiedenste an (Lynker, rerum in dicast. Jenensibus decisarum centuriae V. Dec. 1011. 1096. Besold, Consult. Lib. 2 cons. 21 n. 23) und befolgte überhaupt den Grundsatz: Adjuvandae sunt potius

---

Commentariis desselben weiter zu trauen als es an dem Probier-Stein einer gesunden Vernunft den Strich halt.

[3]) Die Frage: welche Gesetze entscheiden über die Auslegung letztwilliger Dispositionen? behandelt: Bar, das internationale Privat- und Strafrecht (Hannover 1862) § 110.

[4]) Zasii consil. II nr. 34. In dubio pro causa testamenti judicandum, quum sit favorabilis. nr. 35. Pro testamento praesumitur quod valeat, nisi probetur contrarium. Eod. III nr. 25. Testator eam elegisse viam praesumitur, quae ad validitatem actus magis confert. Consil. Tubing. Vol. IV cons. 53. Quousque id verum sit, quod in dubio pro testamenti validitate pronuntiare debeamus?

ultimae voluntates, quam coarctandae, ne, dum nimia juris subtilitate utimur, judicia testantium defraudentur (Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 29 n. 8).[1])

Churf. Trierſches Landrecht von 1713 Tit. I § 1 a. E.: „— da doch billig dahin zu ſehen, daß der abſterbender letzter Will und Verordnungen über deren Verlaſſenſchaft, welche dieſelbe durch ihren ſauern Schweiß erworben, oder ſonſten erſpahret, erhalten, und denjenigen, welchen ſie ſelbige gantz oder etwas darvon auß erheblichen Urſachen und guter Zuneigung gönnen, und vermachen, zukomme und gelaſſen werde."

321. Ueber die Frage:

ob und in wie fern die aus der letztwilligen Verfügung ſelbſt nicht erhellende Abſicht des Teſtators Gegenſtand eines Beweiſes ſein könne,

ſprechen ſich aus:

a) das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 31. October 1826: Wenn die von einer Partei behauptete Auslegung einer letztwilligen mehrfacher Deutung fähigen Verfügung ſich weder nach den allgemeinen Auslegungsregeln noch aus dem übrigen Inhalte des letzten Willens rechtfertigt, ſo fragt es ſich mitunter, ob dem Antrage, zum

---

[1]) Ebendaſelbſt S. 82. f. Note 58 wird angeführt: Tabor in ſeinem Thesaurus locorum communium lib. 18 cap. 14 § 2 enthält folgende Citate: „Testamentorum favor tantus est, ut in dubio pro validitate eorum sit judicandum. (Dd. in l. in testam. de R. J. Reyn. Sixtin. 1. cons. Marpurgens. 11, n. 6.) Optima en'm illa est ratio, quae pro conservanda ultima voluntate, et tuendo testamento assumitur (L. 28, C. De episcop. — Matth. Wesenbec. 2. cons. 85, n. 47.); cum nihil magis, quam illud humanitati conveniat, et publice intersit (juxta Signorol. cons. 210.), ut testamenta conserventur... quippe quod improbus esse putetur, qui quamlibet voluntatem rescindere nititur. Quamohrem cum in dubio verisimilius esse debeat, testatorem actum validum potius, quam frustratorium facere voluisse (Gloss. Bartol. Decian. ad l. 12, D. De R. J.; idem Dec. ad cap. quoniam X. De fid. instrum. Zas. cons. 18, n. 39, vol. 2. Felin. in cap. cautio, n. 39, X e. t. Jason ad l. cum quidam n. 9, D. De liber. et postum. Christ. Herdesian. cons. 38, n. 173, vol. 1.), utique etiam interpretandus erit, ut non contra, sed pro testamento, non solum quid praesumamus, sed etiam judicemus (Wes. vol. 2, cons. 85, n. 47; cons. 88, n. 12. Tiber. Decian. d. respons. 35, n. 1, vol. 1. Jacob. Menoch. cons. 544, n. 4; et lib. 4, de praesumpt. p. 1, praes. 10, n. 11. Zas. vol. 1, cons. 12, n. 33.), idque tum 1) quod causa testati sit favorabilior causa intestati (Gloss. Decius et Dd. in l. quemadmodum; De R. J. et in l. quamdiu; De acquir. hered.) et intersit hominis testatoris, ejusdemque honos sit, ut potius cum testamento, quam sine testamento decedat; tum 2) quia homini mortuo nihil magis debeatur, quam ut voluntas ejus conservetur; e diverso autem poena testatoris sit, testamenta invalidari.

Beweise der behaupteten Absicht des Testirers zugelassen zu werden, stattzugeben sey oder nicht? Ein solcher Antrag ist an sich nicht ungeeignet. Allein bei dem Vorliegen eines letzten Willens, aus welchem die Ansprüche des Antragstellers zu beurtheilen sind, kann ein in der angegebenen Weise beantragtes Beweisverfahren nur dann eingeleitet werden, wenn in dieser Hinsicht bestimmte, außer dem letzten Willen liegende, aber zur Erläuterung desselben dienende Thatsachen angeführt würden.

(Seuffert, Archiv IV Nr. 163.)[1])

b) das Erkenntniß des Ober-Tribunals zu Stuttgart vom 25. October 1861: Sind die Worte einer testamentarischen Bestimmung klar und unzweideutig, so ist zwar der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, daß jene Worte den wahren Willen des Testirers nicht hinter sich haben; es muß aber dieser Gegenbeweis der Erklärung des Testirers gegenüber, daß das Testament seinen wahren Willen enthalte, die selbstständige Thatsache einer Irrthümlichkeit der Willenserklärung des Testirers, mithin eine Thatsache zum Gegenstand haben, welche zum indirecten Gegenbeweise gehört. Es wird daher der durch die Testamentsurkunde gelieferte Beweis nicht schon durch eine für einen gegentheiligen Willen des Erblassers beigebrachte Vermuthung, sondern nur durch den vollen Beweis entkräftet, daß der Testirer anders gewollt als seine Worte besagen, mithin in seiner Erklärung, daß die Testamentsurkunde seinen wahren letzten Willen enthalte, sich geirrt habe. Diese Auffassung wird durch die Gesetze bestätigt, indem in fr. 69 pr. de legatis III. vorgeschrieben ist: „Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem," und in fr. 25 § 1 eod. in Bezugnahme auf letztwillige Verordnungen sogar die Worte gebraucht werden: „quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio," womit zwar kein völliger Ausschluß des Gegenbeweises, dessen Statthaftigkeit in andern Stellen anerkannt wird, aber eine wenigstens nur ausnahmsweise Berücksichtigung und strenge Beurtheilung des fraglichen Gegenbeweises angeordnet ist.

(Ebendas. XV Nr. 31.)

---

[1]) Von der gleichen Ansicht ausgehend, äußerte derselbe Gerichtshof in Beurtheilung eines anderen Falles: die verlangte Beweisinstanz würde, da die Appellanten nicht etwa behaupten, durch besondere factische Umstände eine gewisse Absicht des Testirers beweisen zu können, nur in der Auslegung der fraglichen Stellen des Testaments bestehen, und diese ist kein Gegenstand eines Beweisverfahrens, sondern lediglich der richterlichen Beurtheilung. (Seuffert a. a. O.) Vergl. auch Hymmen, Beyträge zur jur. Litt. I. S. 65, 66.

§ 520. «Auch muß im zweifelhaften Falle die Auslegung zum Vortheil des eingesetzten Erben gemacht werden.»

322. Dieser Rechtssatz ist in der Allgemeinheit, worin er hier aufgestellt worden, nicht anzuerkennen, auch wohl nur in dem Sinne gemeint, daß der Erbe in seiner Eigenschaft als Belasteter, also den Legatarien gegenüber, die für Obligationsverhältnisse gegebene Vorschrift des § 268 Tit. 5 Th. I des Allg. Landrechts zur Seite hat:

> „Wenn alle übrigen Auslegungsregeln nicht zutreffen, so muß die zweifelhafte Stelle so erklärt werden, wie es dem Verpflichteten am wenigsten lästig ist.“ [1])

In diesem beschränkteren Sinne nahm auch die gemeinrechtliche Praxis in Zweifelsfällen eine dem Erben günstigere Auslegung an[2]) —

[1]) Vergl. Ulp. l. 9 D. de R. J.: semper in obscuris, quod minimum est, sequimur. Gaj. l. 56 eod.: semper in dubiis benigniora praeferenda sunt. Ulp. l. 10 i. f. D. de reb. dub. (34, 5): — in ambiguis rebus humaniorem sententiam sequi oportet. Marcellus l. 192 § 1 D. de R. J.: in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus justius est, quam tutius.

[2]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VII tit. 1 nr. 9: testator magis praesumitur diligere heredem, quam legatarium vel fideicommissarium, et ideo ea interpretatio est facienda, ut testator videatur minus heredem gravare, quam fieri possit, igitur legatum et fideicommissum censetur odiosum, cum stricte intelligatur. Lib. IX tit. 1 nr. 5: In dubio etiam vulgo receptum est, illam interpretationem accipiendam esse, per quam heres minus gravatur — et ideo praesumitur relictum, quod est minimum, nisi repugnet proprietas verborum; id quod sane procedit in dubio, et nisi legatum prorsus inutile redderetur. Item haec conjectura, ut testator videatur minus voluisse gravare heredem, quam fieri possit, levis est, non enim tanta ejus vis, ut propterea liceat a proprietate verborum recedere —. Neque ita debet fieri interpretatio, ut nihil prorsus debeatur. Item ex aliis conjecturis, quae ex variis fontibus et diversis causis eliciuntur, ab hac interpretatione receditur. Menoch. de Praesumt. Lib. IV pr. 106 nr. 17: Ultimo, quando deficiunt praedicta jam enumerata, sumitur interpretatio et praesumtio, quod testator voluerit relinquere quod minus est. Ita postremo loco hanc interpretationem recenset glossa —. Et manifesto jure probatur —. Et hujus sententiae ea est ratio, quia praesumitur testatorem velle minus gravare heredem quam sit possibile. Brunnemann, com. in P. ad l. 3 de reb. dub. nr. 2: Si liquido non apparet, sequimur, quod commodius est heredi. Cujac. lib. 16 qu. penult. n. 734.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 28. Februar 1828: Die Regel, daß bei allen dem Erben gemachten Auflagen die Interpretation für den Erben gegen den Honorirten statt finde, ist erst ganz zuletzt anzuwenden, wenn sich alle übrigen Gründe Für und Wider das Gleichgewicht halten. (Seuffert, Archiv VII Nr. 72.)

jedoch im Widerspruche mit den römischen Rechtsquellen, welche von dem entgegengesetzten Prinzipe ausgehen, daß jede letztwillige Zuwendung, soweit sie nicht eine Beschränkung erkennen läßt, in der dem Bedachten vortheilhaftesten Weise aufzufassen ist.[1])

Hiermit stimmt auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen überein, indem es vorschreibt:

§ 2158. „Wenn durch die Worterklärung der Sinn des letzten Willens nicht ermittelt werden kann, so ist derselbe nach der muthmaßlichen Absicht des Erblassers auszulegen, dabei auf den Zweck der Verfügung Rücksicht zu nehmen und im Zweifel den Worten die Bedeutung beizulegen, bei welcher die Verfügung besteht und einen Erfolg haben kann." [2])

§ 2159. „Lassen sich durch Anwendung der vorstehenden Vorschriften die

---

[1]) Paul. l. 12 D. de R. J.: In testamentis plenius voluntates testantium interpretantur. c. 6 X. de donat. (3, 24): In contractibus plena, in testamentis plenior, in beneficiis quoque plenissima est interpretatio adhibenda. Anwendungen dieses Satzes, wonach insbesondere Vermächtnisse nach der vermutheten Freigebigkeit des Erblassers in möglichst umfassender Weise ausgelegt werden sollten, enthalten l. 13 pr. D. de reb. dub. (34, 5), l. 17 § 1, l. 20, l. 24 § 14 D. de leg. 1, l. 68 pr., l. 101 pr. D. de leg. 3, l. 6, l. 20 i. f., l. 23 D. de ann. leg. (33, 1), l. 56 i. f. D. de usufr. (7, 1), l. 8 D. de usufr. leg. (33, 2), l. 4 pr. D de alim. leg. (34, 1), l. ult. D. de usufr. ear. rer. (7, 5), l. 15 D. de auro et arg. leg. (34, 2), l. 7 pr. D. de trit. vino (33, 6), l. 28 § 3 D. de lib. leg. (34, 3). Nicht entgegen steht l. 17 D. de R. J. (cum tempus in testamento adjicitur, credendum est pro herede adjectum, nisi alia mens fuerit testatoris: sicuti in stipulationibus promissoris gratia tempus adjicitur), indem sie sich durch l. 15 D. de ann. leg. erklärt.

Vergl. überhaupt Averan. Interpret. jur. Lib. V cap. 10 u. 7 sqq. Geiger und Glück, merkwürdige Rechtsfälle I S. 38 f. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik 3. Auflage II S. 819 f. Auch v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 12 sagt: — „Die weitere Regul, daß man in dubio pro herede contra legatarium, oder pro legatario contra heredem interpretire, ist weder ein noch anderseits richtig, zumalen man in legibus Romanis selbst bald eins bald anderes bemerkt. Leyser spec. 395 m. 1. (In interpretatione verborum dubiorum neque heredi, neque legatario favendum, sed, quid verosimiliter testator voluerit, spectandum est.)

[2]) Siebenhaar, Comment. III S. 258 bemerkt dazu: In diesem § hat das ausgedrückt werden sollen, was man gewöhnlich die benigna interpretatio testamentorum nennt; d. h. bei Zweifeln über den Sinn eines Testaments entscheidet die mens testatoris und diese mens ist plene zu interpretiren.

in einer letztwilligen Verfügung liegenden Zweifel nicht heben, so ist die Verfügung zu Gunsten des Bedachten auszulegen." [1])

---

§ 521. «Soweit aber die gesetzliche Erbfolge durch die letztwillige Verordnung nicht aufgehoben worden, wird, nach den Regeln der ersteren, die in letzterer fehlende Bestimmung ergänzt.»

§ 522. «Hat der Testator ohne weitere Bestimmung seinen Verwandten etwas zugedacht, so fällt dasselbe denjenigen, welche zur Zeit seines Ablebens zu seiner gesetzlichen Erbfolge die nächsten oder gleich nahe sind, ohne Unterschied des Standes oder Geschlechts, anheim.»

323. Die erstere Vorschrift, von welcher bereits im B. I S. 529, 530 die Rede gewesen, hat es nicht sowohl mit der Auslegung, als mit der Ergänzung der letztwilligen Verordnungen zu thun, indem sie an die Stelle der fehlenden Willenserklärung das subsidiäre Gesetz treten läßt. Sie kann daher immer nur zur Anwendung kom-

---

[1]) Das Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 12 hat sich jeder Aufstellung von Präsumtionen für oder wider den Bedachten enthalten. Dasselbe bestimmt: „— Haben die Worte oft unterschiedliche Bedeutungen, oder sind sonst sehr zweifelhaft und schwer zu verstehen. Solchenfalls soll man nicht so viel auf den Buchstaben, als die Intention und Absicht des Disponenten sein Augenmerk richten, sohin selbe durch vernünftige und wahrscheinliche Muthmaßungen zu entdecken suchen. Es ergeben sich aber dergleichen Muthmaßungen entweder aus der unter Händen habenden Sache selbst (ex substrata Materia), oder aus Zusammenhaltung der damit vereinigten und sowohl vor- als nachgehenden Stellen und Umstände, oder aus den Wirkungen der zweifelhaften Disposition, oder endlich aus den Ursachen, welche den Disponenten zu sothaner Verordnung hauptsächlich bewogen haben."

Das Badische Landrecht enthält in dem Zusatzartikel 1100 dd. eine unserem § 520 entsprechende Bestimmung („In dem Gegenstoß zwischen dem Vortheil des Erb-Nehmers und der Erbtheil- oder Erbstück-Nehmer ist im Zweifel für den Ersteren zu sprechen; so auch zwischen dem Erben und den Vermächtnißnehmern").

Uebrigens wird dies auch nach Französischem Rechte angenommen. Zachariä v. Lingenthal, Handb. des Franz. Civilr. (5. Aufl.) IV § 714.

men, wenn der Testator selbst keine Bestimmung getroffen hat,[1]) namentlich also in Betreff der Erbtheilung.[2])

Uebrigens hat das Landrecht in den obigen §§ nur das ausgesprochen, was schon in der gemeinrechtlichen Praxis als geltendes Recht anerkannt wurde.[3]) Es macht dabei keinen Unterschied, ob der Testator

---

[1]) Nach diesem Grundsatze wurde folgender Rechtsfall entschieden. Eine kinderlose Wittwe hatte im Testamente ihre vier damals lebenden Geschwister zu gleichen Theilen zu Erben eingesetzt, von denen zwei vor ihr mit Hinterlassung von Kindern starben. Die gedachten Geschwisterkinder machten nach dem Tode der Wittwe ein Miterbrecht an der Stelle ihrer verstorbenen Eltern geltend, wurden jedoch durch die gleichlautenden Erkenntnisse des O.-L.-G. zu Breslau vom 7. Juni 1838 und des Ob.-Trib. vom 6. April 1839 mit ihren Erbansprüchen abgewiesen. Gründe: Die Kläger wollen eine Ergänzung der Testamentsbestimmung durch den Richter, indem sie sich auf § 521 I. 12 A. L.-R. berufen. Hier wird aber der Fall vorausgesetzt, daß in der zu interpretirenden letztwilligen Verordnung eine Bestimmung fehlt, die dann nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge ergänzt werden soll. Von einer solchen Ergänzung kann aber hier, wenn sich der Richter nicht eine Willkürlichkeit zu Schulden kommen lassen soll, gar nicht die Rede sein. Es fehlt keine nothwendige Bestimmung der Erblasserin; ihre Erben sind klar bezeichnet; und wer an ihre Stelle tritt, wenn sie nicht sämmtlich Erben sein können, besagt das Gesetz ebenso unzweifelhaft (§ 281). Nur diese gesetzliche, durch das jus accrescendi begründete Substitution darf eintreten, nicht eine von der Testatrix gar nicht angeordnete, im Testamente nicht enthaltene, sondern hineinzutragende ... (Koch, Schles. Archiv III S. 612 f.) Etwas anders liegt der Fall, wenn der Testator seine Geschwister und Geschwisterkinder zu Erben berufen hat, ohne für den später eingetretenen Fall, daß der eingesetzte Bruder oder die eingesetzte Schwester vor dem Testator stirbt, besondere Bestimmung zu treffen. Hier treten nach der Ansicht des Ob.-Trib. die Kinder der eingesetzten Geschwister an deren Stelle. (Simon und v. Strampff, Rechtssprüche II S. 56 f.)

[2]) S. Bd. I S. 529 f. Vergl. Erkenntniß des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 1. März 1859: — Wenn ein Erblasser seine nächsten Verwandten ohne nähere Bezeichnung derselben zu Erben berufen hat, so will er offenbar, daß nur jene Personen ihn beerben sollen, welche ihm nach den gesetzlichen Erbrechtsbestimmungen die nächsten sind. Eine solche Testamentaranordnung ist also eine stillschweigende Berufung zur gesetzlichen Erbfolge. Diese bestimmt aber nicht bloß die Person des Erben und die Nähe der Verwandtschaft, sondern auch die Art und Weise der Vertheilung des Nachlasses unter mehrere Erben und deren Repräsentanten. Wenn der Erblasser nicht ausdrücklich bestimmt, welcher Antheil den nach dem gesetzlichen Erbrechte erst auszumittelnden Verwandten zuzukommen hat, so hat er es auch bezüglich der Größe des Erbtheils eines Jeden bei dem belassen, was diesfalls das Gesetz bestimmt —. (Glaser's und Unger's Sammlung II Nr. 741.)

[3]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IV tit. 6 nr. 3: In dubio etiam, qui

schlechthin seine „Verwandten," oder seine „**nächsten** Verwandten" zu Erben eingesetzt hat. Auch in letzterem Falle entscheidet die **Gradesnähe** nur insoweit, als sie nach der gesetzlichen Erbfolge Berücksichtigung findet, also nicht das s. g. Repräsentationsrecht zur Anwendung kommt. Wenn also im vorausgesetzten Falle der Testator als nächste Verwandte Geschwister hinterläßt, so haben doch mit diesen die Kinder verstorbener Geschwister gleiches Erbrecht zu beanspruchen, wiewohl sie dem Erblasser um einen Grad entfernter stehen.

Polizey-Ordn. des Hertzogth. Magdeburg von 1688 Kap. 44 § 26. „Dieses jus repraesentationis soll in unserm Hertzogthum Magdeburg nicht nur bey der successione intestati ... (sondern) besonders auch, wenn ein Testator oder statutum die nähesten Freunde, ohne deren Benennung zu Erben einsezzet ... ferner statt finden." [1])

Dies ist auch in der Rechtsprechung anerkannt.[2])

---

sunt successuri ab intestato, intelliguntur vocati ex testamento: quoniam verba testatoris debent referri ad intellectum juris communis. Cf. tit. 7. Quando plures ordine successorio intelligantur instituti. Lib. VIII tit. 13 nr. 1: — in legatis et fideicommissis servari ordinem succedendi ab intestato, quia haec est legitima conjectura voluntatis. **Zasii** consil. III nr. 45. Nemo alienam posteritatem suae cognationi praeferre praesumitur. nr. 48. Testator juri communi sese confirmare praesumitur. **Carpzov**, Jurispr. for. P. III const. 9 def. 17: si consanguineos simpliciter instituerit, vocatis heredibus indifferenter, vocati censentur solummodo proximiores, quia in dubio praesumitur testator se voluisse confirmare juri communi, quod proximiores solum admittit, remotioribus exclusis. (Ita Domini [Scabinatus Lipsiensis] a. 1598: Unter andern hat auch der Testator dasjenige, so noch übrig sein möchte, seinen Freunden vermacht: Ob nun wohl in solcher Verordnung unter den Freunden, so viel ihr Verwandniß anlanget, kein Unterschied gemacht worden, so wird doch solche Verordnung von seinen nähesten Freunden billig verstanden, und es haben sich diejenigen, so eines Grads weiter seyn, der Güter nicht anzumaßen.) **Brunnemann**, com. in C. ad l. ult. de V. S. (6, 38) nr. 8.

[1]) H. F. **Diez**, Archiv der Magdeb. Rechte I S. 254 bemerkt dazu: Wenn ein Erblasser seine nächsten Freunde, ohne sie zu benennen, zu Erben einsetzt: so ist das ebensoviel, als wenn die Succession ab intestato regulirt würde. Mithin muß alsdann das gemeine Recht und die Landesordnung zum Grunde gelegt werden, und das Repräsentationsrecht findet seine Stelle, sobald sich die Erben nach den Gesetzen dazu qualifiziren.

[2]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 8. April 1856: In einem wechselseitigen Testamente von Eheleuten war bestimmt, daß der überlebende Theil in dem ruhigen Besitz des ganzen Vermögens bis zu seinem Tode verbleiben soll, nach diesem aber das ganze vorhandene Vermögen auf die **nächsten** beiderseitigen Verwandten zu gleichen Theilen übergehen soll, so

Nicht so unbedenklich ist die Entscheidung des Falles, wenn Jemand, welcher vollbürtige und halbbürtige Geschwister hinterläßt, schlechthin seine „Geschwister" als Erben berufen hat.

Sind hier nur die vollbürtigen Geschwister als die nächsten zur Intestaterbfolge berechtigten Verwandten für eingesetzt zu erachten?

In der gemeinrechtlichen Praxis wird diese Frage entschieden bejaht.[1]) Es kommt jedoch hier in Betracht, daß der Testator bei Berufung der Erben eine Bezeichnung gewählt hat, welche eine Unterscheidung zwischen Geschwistern voller und halber Geburt gar nicht erkennen läßt und daher an sich in keiner Art die Annahme begründet, der Testator habe die Regeln der Intestaterbfolge im Auge gehabt. Wir haben hier keine Bestimmung vor uns, die einer Ergänzung durch das Gesetz nothwendig bedürfte. Die Person des Erben ist nach der Art der Verwandtschaft deutlich bezeichnet. Wir sind daher nicht berechtigt, in diese Bezeichnung ohne Weiteres eine Beschränkung hineinzutragen, die darin nicht liegt. Es muß vielmehr aus den obwaltenden

---

daß die eine Hälfte die nächsten Verwandten des Mannes, die andere Hälfte die nächsten Verwandten der Frau erhalten.

Es entstand Streit darüber, ob der Ausdruck „nächste Verwandte" auch auf die Geschwisterkinder zu beziehen und nicht auf die Geschwister zu beschränken sey. Diese Frage wurde bejaht.

1) Der Zweck des Testamentes ist zunächst die Disposition zu Gunsten des Ueberlebenden, und die künftige gleichheitliche Theilung des Vermögens zwischen den beiderseitigen Verwandten.

2) Der Ausdruck „nächste Verwandte" sollte weiter gehen als der „Geschwister;" sonst und bei entgegenstehender Intention wäre wohl der letzte gewählt worden; die Wahl des unbestimmten Ausdruckes „nächste Verwandte" geschah um deßwillen, weil in der Person der zur Zeit der Testamentserrichtung Vorhandenen Veränderungen vorgehen konnten, denen die Erblasser einen Einfluß auf ihre Beerbung zu gestatten nicht gemeint waren.

(Seuffert, Archiv X Nr. 269.)

[1]) Mantica, l. c. Lib. VIII tit. 13 nr. 1: — si testator dixerit, lego fratribus meis, et alios reliquerit utrinque conjunctos, alios vero consanguineos tantum, vel uterinos tantum, fratres ex utroque latere conjuncti debeant praeferri, quia similiter ab intestato praeferuntur. Voet, com. ad P. 28, 5 nr. 17: — ex communi opinione tradit Christianaeus: fratribus simpliciter institutis vocatos videri solos germanos, non item consanguineos et uterinos, si soli germani ex statuto domicilii succedant ab intestato cum consanguineorum et uterinorum exclusione. Vergl. auch den von Carpzov l. c. mitgetheilten Leipziger Schöffenspruch von 1635.

Umständen nachgewiesen werden, daß der Testator den gewählten Ausdruck mit einer solchen Beschränkung verstanden hat.

Der Umstand, daß der Testator, welcher schlechthin seine „Verwandten" (also Personen in der vielfachen Zahl) zu Erben ernennt, zwar mehrere Verwandte, aber darunter nur einen hinterläßt, welcher nach der gesetzlichen Erbfolge zunächst erbberechtigt sein würde, schließt die Anwendung des § 522 nicht aus.[1])

Die Frage:

> ob der in einem Testamente vorkommende Ausdruck „Blutsfreunde" auch die uneheliche Verwandtschaft in sich faßt und selbst eine solche, welche das bürgerliche Gesetz bei der Intestaterbfolge nicht anerkennt,

ist in einem in der Allgem. österr. Ger.-Ztg. 1865 S. 219 f. S. 224 f. mitgetheilten Rechtsfalle behandelt.[2])

---

[1]) Vergl. Lucin. Rufinus l. 155 D. de V. S.: Proximi appellatione etiam ille continetur, qui solus est.

Daß übrigens nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 522 bei Anwendung dieser Vorschrift der Zeitpunkt des Ablebens des Testators entscheidend ist, gilt auch nach gemeinem Recht. Brunnemann, com. in P. ad l. 19 de reb. dub. nr. 1 sq.: — Rationem autem, cur hoc in loco cognati non tantum, qui fuerunt tempore testamenti, sed etiam tempore mortis cognati futuri sint, intelligantur assignat Menoch. cons. 1 nr. 191 hanc: quia testator hic non habuit affectionem ad unum ex cognatis potius, quam ad alium, legando cognatis in genere, quibus honorem ob cognationem haberi voluit; unde nil mirum, si illi, qui cognati reperiuntur, tempore mortis ad legatum admittantur. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 18. Oktober 1861: Sind die Personen, welche gewisse Rechte erwerben sollten, nicht individuell nach ihrem Namen &c., sondern nur nach bestimmten Eigenschaften bezeichnet worden, so können nur die Personen als Berechtigte behandelt werden, denen eine derartige Eigenschaft in dem Zeitpunkte beiwohnt, wo die fr. Rechte erworben werden sollen. Der Zeitpunkt dagegen, in welchem solche Rechte eingeräumt worden sind, erscheint um so weniger entscheidend, als sonst die betreffenden Personen individuell und namentlich bezeichnet worden wären. Hiernach entscheidet, wenn in einem Testamente die „nächsten Verwandten" als directe Erben eingesetzt sind, der Zeitpunkt des Todes des Erblassers, bei einer fideicommissarischen Honorirung der dies cedens fideicommissi, über die Eigenschaft eines nächsten Verwandten. (Seuffert, Archiv XVII Nr. 68.)

Was in dieser Hinsicht bei wechselseitigen Testamenten der Eheleute gilt, ist unten in dieser Lehre zu erörtern.

[2]) Die Erblasserin, die uneheliche Tochter der X, hatte in ihrem Testamente nach Aussetzung mehrerer Vermächtnisse erklärt: „das Uebrige gehört meinen

Hat der Testator ohne weitere Bestimmung den Verwandten eines Dritten eine Zuwendung gemacht, so kommen die nur auf die eigenen Verwandten des Testators sich beziehenden §§ 521. 522 nicht zur Anwendung, vielmehr ist die wahre Absicht des Testators nach Maßgabe des § 540 aus den obwaltenden Umständen zu ermitteln.[1])

---

§ 523. «Hat er zum Besten oder Flor seiner Familie etwas ausgesetzt; so ist, bei Adlichen, zu vermuthen, daß die Zuwendung nur seiner männlichen Nachkommenschaft zu gute kommen solle.»

§ 524. «War aber der Testator nicht von Adel, so kommt der Vortheil auch seiner Nachkommenschaft von der weiblichen Seite zu Statten.»

324. Auch diese Bestimmungen, freilich abgesehen von dem unhalt-

---

Blutsverwandten." Als solche meldeten sich mehrere mütterliche Seitenverwandte, gegen welche der Fiskus mit dem Antrage auftrat, den Nachlaß als erbloses Gut dem Staate zuzusprechen. Diese Klage ist in allen Instanzen verworfen. In den Entscheidungsgründen des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 25. April 1865 wird gesagt: — Unter dem Ausdrucke „Blutsfreunde," in vielfacher Zahl, konnte die Erblasserin ihre schon mehrere Jahre vor der Testamentserrichtung gestorbene uneheliche Mutter nicht gemeint haben, sondern nur die Blutsverwandten ihrer Mutter, mit denen auch sie in Verwandtschaft, wenngleich in unehelicher stand, welche Verwandtschaft, wie die Untergerichte dargethan haben, auch vom Gesetze mehrfach anerkannt wird, um so mehr Geltung aber im Volke hat. Die Verwandten ihres unehelichen Vaters konnte sie aber nicht im Sinne gehabt haben, da ihr Vater ihr ganz unbekannt war, sie daher gar nicht wissen konnte, ob und welche uneheliche Verwandte von des Vaters Seite sie hatte. Ihr Wille aber, ihren Nachlaß den Verwandten ihrer verstorbenen Mutter zuzuwenden, stellt sich um so glaubwürdiger dar, als erwiesenermaßen die Erblasserin stets im Hause und in der Familie der Eltern und des Bruders ihrer unehelichen Mutter gelebt und auch ihr Vermögen von der Familie der Mutter überkommen hatte. Die von den Untergerichten der Erbeinsetzung gegebene Auslegung ist daher ganz logisch und gesetzlich und der Einwurf des Klägers, daß bezüglich einer unehelichen Person nur deren Mutter ein Erbrecht haben könne, ganz ungehörig, da es sich im vorliegenden Falle nicht um die gesetzliche, sondern um die testamentarische Erbfolge handelt.

[1]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 21. März 1845 (Jurist. Wochenschr. 1845 S. 639 f.).

baren Unterschiede zwischen Adel und Bürgerstand,[1]) beruhen auf dem gemeinen Recht.[2])

---

§ 526. »Unter dem Ausdrucke: Kinder, werden, wenn derselbe in einer letztwilligen Verordnung gebraucht worden, in der Regel auch die an deren Stelle tretenden ferneren Descendenten, in so fern denselben nach den Gesetzen ein Pflichttheil aus dem Vermögen ihrer unmittelbaren Aeltern zukommen würde, mit begriffen; es mag nun von des Erblassers eigenen, oder von den Kindern des Erben oder Legatarii die Rede sein. (Tit. 11 §§ 1145. 1146. 1147.)»

325. Nach der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht[3]) wird eine solche Rechtsvermuthung, wie sie hier aufgestellt ist, nicht anerkannt, die fragliche Auslegung vielmehr als eine nach den jedesmaligen Umständen zu lösende quaestio facti behandelt.

---

[1]) Dieselben wurden in dieser Fassung erst in den gedruckten Entwurf eingerückt, weil Suarez bemerkte, daß nur bei Adligen die Vorliebe für Wappen und Namen sich vorfinde, welche die Einschränkung auf die männliche Nachkommenschaft rechtfertigen könne. Mehrere Monenten meinten nun zwar, daß Zuwendungen zum Besten oder Flor der Familie auch bei Personen bürgerlichen Standes auf die männlichen Nachkommen zu beschränken seien; Suarez erklärte diese Monita aber für unerheblich, und in Folge dessen gingen die obgedachten Vorschriften auch in das Landrecht über. Bornemann VI S. 61.

[2]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VIII tit. 18 nr. 4. Masculinum genus est nobilius foeminino. — Masculi propter sexum debent foeminis praeferri, quando ad masculinum genus testator majorem habuit affectionem. Menoch. de Praesumt. Lib. IV pr. 84 nr. 8: Secunda est conjectura, quando testator aliquid reliquit pro conservatione agnationis et familiae; nam tunc sub nomine masculino non continetur foemininum: cum foeminae aptae non sint conservare agnationem. Wernher, sel. obs. for. II 406. Quando paciscentes ad familiae conservationem ejusdemque utilitatem ac dignitatem respexisse apparet, foeminae pacto haud comprehensae intelliguntur.

In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf l. 32 § 6 D. de leg. 2 und l. 5 C. de verb. et rer. sign. (6, 38).

[3]) Vergl. überhaupt Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VIII tit. 8. Legatum vel fideicommissum relictum filiis an nepotibus relictum videatur. Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 94. Nepotes quando sub filiorum nomine in testatoris dispositione contineantur conjecturis et praesumtionibus.

Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 5 def, 10: — Ceterum Modest. Pistor (p. 2 qu. 118 et consil. 52 qu. 3 n. 43) censet vocabulum „Kinder" comprehendere quidem utrumque sexum, h. e. tam filios, quam filias, non tamen plures gradus, quam primum, et ideo ad tollendas dubitationes dici solere „Kinder" „Kindeskinder." Et ita Senatui (supremae Frisionum Curiae) visum fuit (16. Jul. 1599). Quamquam autem ex proprietate vocabuli appellatione „Kinder" h. e. liberi non comprehendantur „Kinds Kinder" h. e. liberorùm liberi, secus tamen dicendum, si justae adsint conjecturae . . .

Voet, com. ad P. 36, 1 nr. 22: — Proprie quidem solos primi gradus liberos ista denominatione Belgica „Kinderen" contineri in dubio, docet Sandius, nonnunquam tamen et nepotes, si ex antecedentibus aut subsequentibus fideicommittentis verbis, aliisve circumstantiis colligi possit, etiam ad nepotes testatorem respexisse; prout et jure civili cautum est, filiorum appellatione etiam aliquando nepotes justa interpretatione contineri, utcunque alias vulgo filii a liberis distincti sint, solosque denotent primi gradus descendentes . . . Quibus consequens est, hanc de vocabuli liberorum significatione disputationem non tam juris, quam potius voluntatis quaestionem esse.[1])

---

[1]) Vergl. Groenewegen, tr. de legib. abrog. et innsitat. ad Dig. 50, 16 l. 220: Appellatione „Kinderen" in fideicommissis regulariter nepotes non comprehenduntur, nisi ex quibusdam conjecturis et justa interpretatione de contraria mentis testatoris appareat.

Der römische Sprachgebrauch (l. 220 pr. D. de V. S. Liberorum appellatione nepotes et pronepotes ceterique, qui ex his descendunt, continentur —) kann hier natürlich nicht entscheiden.

G. L. Boehmer, Electa jur. civ. Vol. I Exerc. 6 § 2: — Appellationi liberorum non omnino respondet germanica vox der Kinder..., Angustior est, et liberos primi gradus, seu natos ex nobis, in sensu proprio complectitur: id quod non solum origo vocis, quam habet a verbo kennen, nasci, sed et ab ea distincta appellatio der Kindeskinder comprobat. Neque germanicae vocis significatum ex linguae latinae indole aestimare par est, quod faciunt, qui enm ex vi vocis liberorum definire contendunt. Pufendorf, Obs. jur. univ. III. 4: Etsi latina liberorum appellatione nepotes continentur, tamen Germanici vocabuli, Kind, alia ratio est, ut nisi verborum connexio et mens dicentis aliter ferat, liberi tantum primi gradus, non item nepotes comprehendantur etc. Consil. Tubing. Vol. I cons. 1. nr. 200: — Die appellatio liberorum, oder das Wort Kinder, wird in unserer Teutschen Sprach, et de consuetudine Germaniae, allein de liberis primi gradus, atque ita de Filiis, und nicht do Nepotibus verstanden: quamvis in lingua Latina Liberorum nomen complectatur omnes Descendentes. Dav. Mevius, ad Jus. Lub. p. 2 tit. 1 art. 2 n. 28: Propria hujus Germanicae vocis significatio esse censetur, ut ad primi gradus Liberos saltem referatur, et excludat Nepotes. Vergl. auch Wehner, pract. jur. observ. s. v. Kinder.

Diese Ansicht ist auch in der Praxis zu entschiedener Geltung gelangt.

Urtheil der Jurist. Facult. zu Erlangen: Nach den deutlichen Worten des Z.schen Testaments sind nur allein der Testirer beiderseitige leibliche Geschwister oder deren Kinder als Fideicommiß-Erben eingesetzt worden. Der Geschwister Kindes-Kinder ist nirgends im Testamente Erwähnung geschehen. Sie können auch unter den Geschwisterkindern nicht verstanden werden, da die teutschen Worte Kinder und Kindes-Kinder von einander ganz unterschieden sind, und unter der ersteren Benennung, besonders wenn von Fideicommissen die Rede ist, nur descendentes primi gradus, aber keineswegs ulteriorum graduum verstanden werden. (Geiger u. Glück, merkw. Rechtsf. I S. 138.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 31. October 1826: — Es ist der Meinung, daß im Zweifel der Ausdruck „Kinder" nur von Kindern ersten Grades zu verstehen sei, der Vorzug zu geben. Denn im Zweifel ist ein Wort in der gewöhnlichen Bedeutung zu verstehen, sei dieselbe die weitere oder die engere; bei dem Worte „Kinder" aber ist die engere Bedeutung die gewöhnliche ꝛc. (Seuffert, Archiv IV Nr. 133.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 12. April 1855: Obschon unter der Benennung „Kinder" in der Regel alle Verwandte in der absteigenden Linie begriffen sind, so kann man doch, wenn es sich um Auslegung einer zweifelhaften testamentarischen Verfügung handelt, von dieser Bestimmung nicht so ohne Weiteres ausgehen, sondern hat vor allen Dingen zu erwägen, ob den gebrauchten Worten und den einschlagenden Verhältnissen nach, welche der Testirer hierbei möglicher Weise vor Augen gehabt hat, auch anzunehmen sei, daß eine solche Auslegung seiner Willensmeinung wirklich entspreche. (Ebendas. IX S. 320 als Nachtrag zu Nr. 183.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena vom 18. März 1858: In Ermangelung jedes weiteren Anhaltspunktes für die von den Klägern in Anspruch genommene Auslegung des Testaments kann nicht angenommen werden, daß der Ausdruck „Kinder" in einem anderen Sinne, als im gewöhnlichen Leben damit verbunden wird, gemeint worden sei. Wenn auch im juristischen Sprachgebrauche der Ausdruck „Kinder" oder ein demselben entsprechender lateinischer Ausdruck mitunter in dem weiteren Sinne, daß überhaupt Descendenten darunter verstanden werden, gebraucht wird, so ist es doch gegen alle Wahrscheinlichkeit, daß ihn der Testator in dieser über den Sinn des gewöhnlichen Lebens hinausgehenden Bedeutung gebraucht haben sollte ꝛc. (Ebendas. XIII Nr. 103.)

Gleichwohl steht die Vorschrift unseres Landrechts nicht außer Zusammenhang mit dem gemeinen Recht, indem es auch hier, namentlich in der älteren Doctrin, der entsprechenden Ansicht nicht an Vertretern fehlte,[1]) auch die Praxis sich mehrfach dafür aussprach.[2])

---

[1]) Zasii Consil. VII nr. 6. In ordinationibus, ubi mens et voluntas evidenter deprehendi non potest, filiorum appellatione nepotes veniunt. Gail II

Auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 4 § 3 stellt den allgemeinen Grundsatz auf:

„daß unter den Kindern nicht nur Söhne und Töchter, sondern auch Enkeln und alle übrigen Descendenten in gerad absteigender Linie, sowohl aus ehelicher als unehelicher Geburt, soweit nicht etwan durch Spezialverordnungen ein gewisses Ziel hierin gesetzt ist, gemeiniglich verstanden sind —"

Beschränkter lautet die Bestimmung des Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuches § 681:

„Unter dem Worte: Kinder, werden, wenn der Erblasser die Kinder eines Anderen bedenkt, nur die Söhne und Töchter; wenn er aber seine eigenen Kinder bedenkt, auch die an deren Stelle tretenden Nachkömmlinge begriffen, welche bei dem Ableben des Erblassers schon erzeugt waren."

---

obs. 136 u. 11: In materia favorabili liberorum nomine non tantum liberos primi sed etiam ulterioris gradus in infinitum complectimur. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 8 def. 28: — In dubio videtur testator quoque prospexisse per fideicommissum liberis relictum suis nepotibus, non solum, quia liberorum appellatione nepotes, quatenus de favore et commodo ipsorum agitur, continentur, sed et quod testator magis nepotes, quam personas alias et extraneas dilexisse praesumatur.

(Vergl. Werner, P. II obs. 352. Quando liberi fideicommisso onerati sunt, sub eorum appellatione nepotes haud veniunt.) Hommel, Rhaps. IV 563.

[2]) v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfr. Nr. 228: Das R. R. stellt in l. 220 de V. S., wie auch in l. 48 sol. matr. (24, 3) ganz allgemein den Grundsatz auf, daß unter dem Ausdruck „Kinder" nicht bloß die Söhne und Töchter, sondern auch die Enkel und alle von diesen abstammende Personen zu verstehen seien. Dieser Grundsatz hat auch von jeher im Zweifel und wenn nicht ein entgegengesetzter Wille mit ausreichendem Grunde anzunehmen ist, in Fällen, wo es den Vortheil der Kinder betrifft, Anwendung gefunden, und ist sogar, obschon er nach R. R. mehr auf das Verhältniß der Descendenten zu den Ascendenten eingeschränkt zu sein scheint, unter gleicher Voraussetzung auf die Nachkommen in der Seitenlinie erstreckt worden.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle von 1848: Bei letztwilligen Verfügungen sind vermöge der in l. 220 pr. de V. S. aufgestellten, heut zu Tage noch geltenden gesetzlichen Vermuthung unter Kindern auch Enkel zu verstehen, so lange nicht eine andere Absicht des Verfügenden ersichtlich ist. Wird daher behauptet, es seien mit dem in einer letztwilligen Disposition gebrauchten Ausdrucke „Geschwisterkinder" nur die Söhne und Töchter der Geschwister gemeint, so muß dieses Anführen zum Beweis verstellt werden. (Seuffert, Archiv IX Nr. 183.) Vergl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 3. Oktober 1854 ebendas.

desgleichen des bürgerl. Gesetzbuches für das K. Sachsen § 2162:

„Wenn ein Erblasser zu Gunsten seiner Kinder letztwillig verfügt hat, so sind unter diesem Ausdrucke auch die bei der gesetzlichen Erbfolge an deren Stelle tretenden leiblichen entfernteren Abkömmlinge zu verstehen. Hat der Erblasser zu Gunsten der Kinder eines Anderen letztwillig verfügt, so sind unter diesem Ausdrucke nur die Söhne und Töchter begriffen."[1])

326. Sind einer zur Erbin eingesetzten Person weiblichen Geschlechts „ihre Kinder" substituirt, so ist die Substitution auch auf deren uneheliche Kinder zu beziehen.[2])

327. Der Ausdruck „Kinder" begreift auch die Nachgeborenen, aber immer nur diejenigen, welche bei dem Tode des Testators schon erzeugt waren.[3])

---

[1]) Uebereinstimmend mit dem Großh. Hessischen Entwurfe Abth. III Art. 56. In den Motiven zu dem letzteren (S. 44) wird gesagt: Der Beweggrund, der den Erblasser zur letztwilligen Verfügung bestimmte, muß in dem Verwandtschaftsverhältnisse gesucht werden und dieses ist in Bezug auf Descendenten der verschiedenen Grade gleich, da auch die Abkömmlinge entfernterer Grade an der Stelle des Sohnes oder der Tochter, wovon sie abstammen, zur Erbfolge berufen sind. Letztwillige Verfügungen zum Vortheile der Kinder eines Andern lassen sich dagegen aus einer besonderen persönlichen Zuneigung des Erblassers gegen die Kinder erklären, und sind deswegen in Zweifelsfällen auf Söhne und Töchter zu beschränken.

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 30. Mai 1862 (Entscheid. B. 47 S. 123 f.). Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VIII tit. 7 nr. 4. Filiis relictum an naturalibus relictum videatur, locus est conjecturis. Erk. des O.-A.-G. zu München vom 5. Juni 1828: Unter dem Ausdruck „Leibeserben" werden im Allgemeinen auch uneheliche Kinder verstanden. (du Prel, Samml. auserles. bayerischer Rechtsfälle ꝛc. III S. 158 f.)

Stiefkinder sind unter dem bloßen Ausdrucke „Kinder" niemals zu verstehen. Erk. des Ob.-Trib. vom 17. März 1852 (Striethorst, Archiv B. 5 S. 107 f.).

[3]) Berger, oec. jur. Lib. II tit. 4 e. 33 note 4: In testamentis etiam parentum, liberorum nascendorum nomine intelligi eos tantummodo, qui eo tempore, cum moreretur testator, vel nati sunt, vel concepti: de ceteris, qui deinceps concipiuntur, cogitasse non censetur. Vox nascendorum, nasciturorum referenda est ad tempus testamenti, non ad tempus mortis; qui nascentur, vel juris fictione pro natis habebuntur, post tempus, inquam, testamenti, non mortis: eorum, qui post mortem concipiuntur, ratio ineunda non est...

§ 527. «Hat der Erblasser den Kindern eines Anderen, ohne weitere Bestimmung etwas vermacht, so gebührt dasselbe denjenigen, welche zur Zeit des Erbanfalls geboren, oder im Mutterleibe vorhanden waren.»

§ 528. «Auch in diesem Falle treten die weiteren Abkömmlinge solcher Kinder, die vor dem Erblasser verstorben sind, in Beziehung auf das Vermächtniß, soweit an die Stelle ihrer Aeltern, als sie dazu bei dem Nachlasse ihrer eigenen Großeltern, oder weiteren Ascendenten berechtigt sein würden.»

§ 529. «Doch gilt auch dieses nur von solchen weiteren Abkömmlingen, welche bei dem Tode des Testators schon geboren, oder im Mutterleibe vorhanden sind.»

328. Der Satz des § 527 gilt auch nach römischem Recht.

§ 5 J. qui test. tut. (1, 14): — filii vel filiae appellatione postumus vel postuma continetur.

Ulp. l. 17 pr. D. de leg. 1: Qui filiabus legavit, si mentionem aliqua parte testamenti postumae fecit, videtur in filiarum legato et de postuma sensisse.

Erkenntniß des Ober-Trib. zu Stuttgart vom 13. April 1847: Nach den Gesetzen wird ein im Mutterleibe befindliches Kind, sofern es sich um dessen Vortheil handelt, als rechtsfähige Person betrachtet und den Geborenen gleichgestellt; es werden ihm bis zur Geburt alle ihm bis dahin anfallenden Rechte vorbehalten, und mit der Geburt erlangt es diese Rechte wirklich, vorausgesetzt, daß es lebend zur Welt kommt. Insbesondere erbt der Embryo ab intestato ebenso, wie ein schon Geborener . . . Stellen hiernach die Gesetze die erzeugten, aber noch nicht geborenen Kinder den geborenen gleich und erklären sie dieselben als in rerum natura vorhanden, so muß im Zweifel auch bei Auslegung einer testamentarischen Bestimmung hiervon ausgegangen werden.

Im vorliegenden Falle, wo es sich um die Frage handelt:

> ob ein vom Testator seinen Geschwisterkindern ausgesetztes Vermächtniß auch den bei seinem Tode noch nicht Geborenen zukommt,

ist um so mehr anzunehmen, daß der Testator unter den vorhandenen Kindern seiner Halbgeschwister auch diejenigen verstanden habe, welche etwa bei seinem Tode bereits erzeugt, aber noch nicht geboren sein würden, als nicht nur nichts vorliegt, was auf die entgegengesetzte Absicht schließen ließe, sondern vielmehr der Umstand, daß er auch die Kindeskinder seiner Halbgeschwister bedachte, zu der Vermuthung berechtigt, er werde um so gewisser

sämmtliche Kinder derselben, soweit sie nach den Gesetzen als erbfähig zu betrachten sind, haben bedenken wollen.

(Seuffert, Archiv XII Nr. 174.)[1])

---

§ 530. «Hat der Erblasser den Kindern eines Dritten einen gewissen Genuß bestimmt, welcher ganz oder zum Theil erst in künftigen Zeiten fällig wird, so nehmen auch die nachgeborenen Kinder daran Theil.»

329. Diese Vorschrift bildet den Gegensatz zu der unmittelbar vorhergehenden. Es sind daher hier unter den „nachgeborenen Kindern" die bei dem Tode des Testators noch nicht concipirten zu verstehen.

Uebrigens wird der gedachte Rechtssatz auch von gemeinrechtlichen Rechtslehrern angenommen.[2])

---

[1]) Vergl. Consil. Tubing. Vol. V cons. 79. Haec verba in fundatione alicujus stipendii: „Sempronii hinterlassene Söhne und Enkel" an etiam ad nepotes demum post obitum Sempronii natos extendi debeat?

v. Holzschuher, Theorie und Casuist. (3. Aufl.) II S. 226 f. woselbst der vom Verfasser unterstellte Fall beurtheilt ist: A errichtete ein Testament, in welchem er unter andern Zweigen seiner Verwandtschaft auch den sämmtlichen Kindern seines Bruders B einen Erbtheil von 20,000 Th. zuwandte, dergestalt, daß derselbe nicht an ihren Vater, sondern an die seinen Kindern gesetzten Vormünder ausgezahlt werden sollte. Ein Jahr nach des Testirers Tod wurde dem B noch eine Tochter geboren. Kann diese nun auch einen Antheil an den 20,000 Th. in Anspruch nehmen? Die Frage wird, unter Hinweisung auf Mühlenbruch (Fortf. des Glück'schen Com. B. 39 S. 406 f.) verneint und am Schlusse gesagt: Will in dem unterstellten Fall der Testator seines Bruders sämmtliche Kinder, gleichviel zu was für einer Zeit sie geboren werden, zu Erben haben, so mag er die bei seinem Tode noch nicht concipirten zu Fideicommißerben einsetzen, was keinem Anstand unterliegt, weil nur zur unmittelbaren Succession erfordert wird, daß man schon geboren oder wenigstens concipirt sei.

[2]) Consil. Tubing. Vol. V cons. 79 nr. 77: Hanc doctrinam (quod sub nomine Filiorum Nepotes tempore mortis testatoris nondum nati vel concepti non contineantur) nonnulli in illis Dispositionibus, quae in aliquem futurum eventum conferuntur, limitandam existiment; ut videre est apud Curt. Marian. Ruin. in locis congestis a Gabrielio ad tit. de V. S. concl. 1 nr. 69. G. L. Boehmer, Electa jur. cir. Vol. I Exerc. VI § 4 i. f.: — In facto accidit, Mevium ex sorore filium Cajum ejusque heredes liberosque hac formula scripsisse heredes: Meiner Schwester Sohn Cajum und (fideicommissarie) dessen eheliche Erben und Kinder setze ich zu meinen Universalerben ein. Cum quaereretur: utrum tantum Caji liberi ante Mevii

§ 531. «Erhellet aus der Disposition, oder kann sonst hinlänglich erwiesen werden, daß es der Wille des Testators gewesen sei, durch ein Legat zugleich die Kinder des Legatarii zu bedenken; so treten, wenn auch der Legatarius vor dem Testator gestorben ist, die Kinder desselben, so weit sie seine Erben geworden sind, an seine Stelle.»

330. Diese Vorschrift ist geradezu als eine, sowohl ihrem Inhalte als ihrer Fassung nach, gänzlich verfehlte zu bezeichnen.

Sie handelt unzweifelhaft von einer nach dem erweislichen Willen des Testators anzunehmenden Vulgarsubstitution der Kinder des Legatars.[1]) Dazu paßt aber freilich der Ausdruck nicht, daß der Testatar beabsichtigt habe, durch das Legat „zugleich die Kinder des Legatars zu bedenken," da sie ja nur substituirt, also eventuell zu dem Legate berufen sein sollen, noch weniger aber die Beschränkung der Substitution auf den Fall, wenn sie die Erben des vor dem Tode des Testators gestorbenen Legatars geworden sind. Ein solches Erforderniß widerstreitet dem Begriff der Substitution, da ja der Substitut sein Recht nicht von dem Erstberufenen, sondern von dem Testator ableitet, also das Vermächtniß nach dem Wegfallen des zunächst Bedachten ihm mit dem Tode des Erblassers unmittelbar zufällt.[2])

Am auffallendsten aber bleibt der Zusatz:

„oder kann sonst hinlänglich erwiesen werden."

---

testamentum nati, an vero post illud geniti et deinceps nascituri ipsa substitutione comprehenderentur, responsum est ab Ordine J.C.torum Goettingensium: comprehensos videri, tum ob generalem heredum liberorumque Caji institutionem et propter parem Mevii erga singulos et universos ex sorore nepotes affectum, tum quod sub qualitate heredum Caji ad successionem vocati sint, post Caji vero mortem demum constare queat, quinam ipsius futuri sint heredes.

Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 26. Jan. 1855 (Seuffert, Archiv IX Nr. 309).

[1]) also nicht von einem gesetzlichen Repräsentationsrechte, wie der § 443 Tit. 2 Th. II.

[2]) Aus diesem Grunde hat das O.-A.-G. zu Lübeck (Erkenntniß vom 14. Januar 1851) sogar in einem Falle, wo ausdrücklich dem X „oder dessen Erben" eine Sache vermacht war, das Wort „Erbe" nicht im Sinne des römischen heres, sondern in dem engeren Sinne aufgefaßt, wonach es mit „Kindern und Nachkommen" gleichbedeutend ist. (Seuffert, Archiv IV Nr. 65.)

Hat der Testator die Kinder des Legatars, wenn auch nur an zweiter Stelle, bedenken wollen, so ist dieser Wille doch immer nur dann zu berücksichtigen, wenn er in der für letztwillige Verfügungen vorgeschriebenen Form ausgesprochen ist. Ist dies nicht geschehen, so erscheint der Nachweis, daß gleichwohl ein solcher Wille vorhanden gewesen, durchaus unstatthaft. Ist aber die gehörige Form beachtet und „erhellt aus der Disposition" der gedachte Substitutionswille des Testators, so versteht es sich ganz von selbst, daß diesem Willen nachgekommen werden muß. Wozu soll also die ganze Vorschrift?

Hiernach ist es auch eine ganz müßige Streitfrage, ob der § 531 eine Ausnahmevorschrift für Legate enthalte, oder auch auf Erbeinsetzungen zu beziehen sei.[1])

---

§ 534. «Ein ohne weitere Bestimmung gegebenes Verbot des Verkaufs enthält eine Willenserklärung des Erblassers, daß die Sache bei der Familie des Erben oder Legatarii bleiben solle.»

§ 535. «Unter dem Verbote des Verkaufs ist jede andere Veräußerung und Verpfändung begriffen.»

331. Der erstere Satz weicht vom römischen Recht ab, welches ein derartiges, die Person des dadurch Begünstigten nicht bezeichnendes Veräußerungsverbot als nudum praeceptum für wirkungslos erklärt.[2])

---

[1]) Vergl. Centralbl. 1838 Sp. 303, 304, 1017. Bornemann, VI S. 62, 63. Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 21. Juni 1844 (Entscheid. B. 10 S. 124 f.) und vom 17. März 1852 (Striethorst, Archiv B. 5 S. 107 f.).

[2]) Marcian. l. 114 § 14 D. de leg. 1: Divi Severus et Antoninus rescripserunt, eos, qui testamento vetant quid alienari, nec causam exprimunt, propter quam id fieri velint, nisi invenitur persona, cujus respectu hoc a testatore dispositum est, nullius esse momenti scripturam, quasi nudum praeceptum reliquerint, qui talem legem testamento non possunt dicere. Quodsi liberis, aut posteris, aut libertis, aut heredibus, aut aliis quibusdam personis consulentes ejusmodi voluntatem significarent, eam servandam esse... (Dasselbe bestimmen l. 38 § 4, l. 93 pr. D. de leg. 3.)

Joh. a Sande, tract. de prohibita rerum alienatione P. III cap. 1 nr. 3: Nuda prohibitio est, cum nulla apparet causa, ob quam prohibitio facta est, nec designata persona, ad quam, neglecta prohibitione, testator rem jure fideicommissi pertinere velit. Ut si testator alicui legavit domum, et cavit, ne ullo modo legatarius eam alienaret; nec adjecit quid fieri velit, si legatarius insuper habita prohibitione, domum alienaverit, vel

Die gemeinrechtlichen Juristen neigten sich jedoch entschieden der Ansicht zu, daß auch ein ganz unbestimmtes Veräußerungsverbot nach der aus den obwaltenden Umständen zu entnehmenden Absicht des Testators als eine zu Gunsten der Familie angeordnetes Fideicommiß zu betrachten sei.[1])

Diese factische Vermuthung, welche der Regel nach obwalten wird, hat unser Landrecht zu einer Rechtsvermuthung erhoben. Die Wirkung derselben besteht darin, daß das Veräußerungsverbot als eine zum Besten der Familie angeordnete fideicommissarische Substitution angesehen wird,[2]) welche natürlich, sofern nicht die gesetzlichen Erforder-

---

quorum in gratiam alienatione domus legatario interdixerit. nr. 4. Haec prohibitio nuda est, neque fideicommissi vim habens, uti non designatis, quorum intuitu prohibitio facta sit, ac propterea nudum tantum est praeceptum, quod vacat causa, propter quam alienatio prohibetur... Quando enim causa non exprimitur, prohibitio praesumitur facta in favorem ipsius prohibiti, qui proprio favori renuntiare potest. Et hujusmodi dispositio sine causa facta, a homine sanae mentis habet potius vim consilii, quam praecepti, et ideo non obligat. Vergl. Hommel, Rhaps. VI obs. 756. Pufendorf, Obs. jur. univ. II 90.

In Betreff des testamentarischen Veräußerungsverbotes überhaupt ist zu verweisen auf Böcking, Pandekten des röm. Privatr. II § 158. Pagenstecher, die römische Lehre vom Eigenthum Abth. I (Heidelb. 1857) § IX. Vergl. auch Seuffert, Archiv III Nr. 302. VII Nr. 209.

[1]) Mantica, de conj. ult. volun. Lib. VI tit. 12 nr. 7. Praeterea ex qualitate rerum, si sunt magni pretii, vel honorabiles et charae testatori, conjectura sumiter, ut voluerit eas ad suam posteritatem pervenire... n. 8. Hoc amplius ex qualitate rerum praesumitur, et inducitur fideicommissum favore agnationis, veluti si sint bona majorum. Nam etiam verba, quae significant consilium, propter affectionem, quae ex his rebus colligitur, significant praeceptum, et fideicommissum inducunt, ut extra familiam non possint alienari. Nam ex qualitate rerum, quae testatoris affectionem ostendat, vel decorem familiae, aut etiam tutelam respiciat, simplex prohibitio alienationis, quae alioquin esset nuda, et nullius momenti, causa praesumitur et confirmatur, ut agnationis respectu facta intelligatur. Eod. tit. 15. Ex quibus conjecturis colligatur, testatorem voluisse bona in familia conservari, woselbst der Satz an die Spitze gestellt wird: quilibet praesumitur appetere honorem familiae suae. In gleichem Sinne spricht sich aus: Joh. a Sande l. c. nr. 12. Vergl. auch Kuipschild, de fideicommissis familiae Cap. 2 nr. 23, Cap. 3 nr. 4. S. Stryk, de caut. test. cap. 21 membr. I § 32.

[2]) So auch nach gemeinem Recht. Mantica l. c. tit. 15 nr. 13: Illud vero non recipit dubitationem, quin si testator prohibuit alienationem bonorum pro perpetua conservatione familiae, ex his verbis inducatur perpetuum fideicommissum. Leyser spec. 400 m. 1: Quaecunque verba seriam

nisse eines Familienfideicommisses vorliegen, der im § 55 d. T. festgesetzten Beschränkung auf den zweiten Grad unterliegt. Die Berechtigung zu dem Fideicommiß entscheidet sich nach der gesetzlichen Erbfolge.[1])

In Uebereinstimmung mit dem gemeinen Recht bestimmt das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Tit. 10 § 2:

„Ein stillschweigendes Fideicommiß wird gefolgert — aus dem Verbote der Veräußerung, sofern solches nicht simpliciter, sondern in Absicht auf die Familie und derselben zum Besten geschieht —."

Das Oesterreichische Gesetzbuch verordnet:

§ 610. „Hat der Erblasser dem Erben verboten, über den Nachlaß zu testiren, so ist es eine fideicommissarische Substitution, und der Erbe muß den Nachlaß für seine gesetzlichen Erben aufbewahren. Das Verbot, die Sache zu veräußern, schließt das Recht, darüber zu testiren, nicht aus." [2])

332. Die Bestimmung des § 535 gilt auch nach gemeinem Recht.[3])

---

§ 536. «Sind Jemandem mehrere Personen, die ihn auch ohne Testament beerben würden, ohne weitere Bestimmung substituirt worden; so ist die Verordnung unter den Substituirten nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge zu deuten.»

§ 537. «Diese Erbfolge wird, bei obwaltender Verschieden-

---

testatoris de rebus hereditariis ab herede alteri restituendis voluntatem indicant, atque certum quid determinant, ea fideicommissum inducunt.

[1]) Bürg. G.-B. für das K. Sachsen § 2527. „Hat der Erblasser verordnet, daß die Erbschaft, ein ideeller Theil derselben oder einzelne Gegenstände nur in seiner oder einer anderen Familie vererbt werden sollen, Familienfideicommiß, und dabei die Erbfolge nicht bestimmt, so sind alle zur gesetzlichen Erbfolge berechtigte Verwandten der bestimmten Familie, mit Ausnahme der an Kindesstatt Angenommenen, berufen."

[2]) Das Sächs. bürg. G.-B. enthält nur die Vorschrift § 2387. „Hat ein Erblasser zu Gunsten einer Person die Veräußerung eines seinem Erben hinterlassenen Gegenstandes verboten, so gilt dies im Zweifel als ein jener Person zugedachtes Vermächtniß."

[3]) Joh. a Sande de prohib. rer. permutat. P. III cap. 3 nr. 18: Res alienari prohibita nec oppignorari potest... Quamvis enim pignoris datio proprie non sit alienatio, quia tamen plerumque per eam pervenitur ad alienationem, ideo sub prohibitione comprehenditur.

heit nach den Gesetzen desjenigen Gerichtsstandes, welchem ein Jeder für seine Person unterworfen war, beurtheilt.»

333. Die erstere Vorschrift beruht auf einer analogen Anwendung des im § 521 aufgestellten Grundsatzes, der sich auf die zur gesetzlichen Erbfolge berechtigten Verwandten des Testators bezieht, während hier von den Intestaterben des zunächst berufenen Erben die Rede ist.[1])

Die an sich unklare Bestimmung des § 537 ist gegen Suarez's Ansicht aufgenommen worden. Derselbe hatte zum gedruckten Entwurfe bemerkt:

> Quaer. Nach welchen Gesetzen wird die Erbfolge unter den Substituten regulirt? Ich glaube nach den legibus fori personalis des Erblassers, denn diese hat er höchst wahrscheinlich in mente gehabt, und aus der entgegengesetzten Ansicht würden, wenn die Substituten unter verschiedenen Gesetzen leben, große Schwierigkeiten entstehen.

Es wurde indessen der im § 537 ausgesprochene Satz angenommen.[2])

Dies erscheint auch ganz gerechtfertigt, wenn man den § 537 auf den Fall bezieht, wo mehreren Personen in der im § 536 gedachten Weise fideicommissarisch substituirt worden ist, also in der Art, daß jeder Fiduciar das ihm Zugewendete an seine eigenen gesetzlichen Erben herauszugeben hat. Denn in diesem Falle kann die Frage, wer die substituirten Intestaterben seien, nur nach den Gesetzen, denen jeder einzelne Fiduciar für seine Person unterworfen ist, entschieden werden.[3])

---

[1]) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2188. „Hat der Erblasser seine Verwandten oder gesetzlichen Erben, ohne nähere Bezeichnung derselben, zu Nacherben ernannt, so sind darunter die Personen zu verstehen, welche zu der Zeit, wo die Nacherbeinsetzung eintritt, seine nächsten gesetzlichen Erben sind."

[2]) Bornemann, VI S. 98, 99.

[3]) Der Einwurf Bornemann's a. a. O. „daß der § 537 das wider sich haben dürfte, daß der Substitut niemals als Erbe dessen, dem er nachgesetzt worden, sondern des Testators anzusehen ist," trifft nicht zu. Allerdings sind die Fideicommissarien immer nur Erben des Testators. Aber hier ist der besondere Fall vorausgesetzt, daß ihre Erbeigenschaft sich nach dem Intestaterbrechtsverhältnisse bestimmt, worin sie zu einem Dritten, dem Fiduciar, stehen. Es liegt somit eine relative Bezeichnung der Nacherben vor, die erst durch die Feststellung eines nach besonderen Gesetzen zu beurtheilenden, hier gleichsam als reine Thatsache in Betracht kommenden Rechtsverhältnisses ihre Bestimmtheit erlangen kann.

§ 538. «Hat Jemand seinen Kindern, welche zur Zeit des errichteten Testaments keine Nachkommenschaft hatten, substituirt; so ist anzunehmen, daß die Substitution erloschen sei, wenn das eingesetzte Kind erbfähige Nachkommen erhalten und hinterlassen hat.»

334. Diese Rechtsvermuthung, vermöge deren eine vom Testator nicht ausgesprochene Bedingung („si sine liberis decesserit")[1]) nach dem muthmaßlichen Willen desselben der von ihm angeordneten Substitution als hinzugefügt angesehen wird, ist aus dem römischen Recht entnommen[2]) und auch in neuere Gesetzbücher übergegangen.[3]) Dieselbe schließt

---

[1]) Dieser Bedingung wird von den römischen Juristen sehr häufig als einer ausdrücklich hinzugefügten gedacht. l. 114 § 13 D. de leg. 1, l. 76, l. 101 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1), l. 17 § 4, § 7, l. 57 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1), l. 148, 149 D. de V. S.

Vergl. Voet, com. ad P. 36, 1 nr. 17: Sicut autem conditionem hanc „si sine liberis decedat" exprimi frequens est, ita etiam tacite nonnunquam conjecturâ pietatis subauditur.

[2]) Papin. l. 102 D. de cond. et dem. (35, 1): Quum avus filium ac nepotem ex altero filio heredes instituisset, a nepote petiit, ut, si intra annum trigesimum moreretur, hereditatem patruo suo restitueret; nepos liberis relictis intra aetatem supra scriptam vita decessit; fideicommissi petitionem conjectura pietatis respondi defecisse, quod minus scriptum, quam dictum fuerat, inveniretur. l. 30 C. de fideic. (6, 42): Cum acutissimi ingenii vir, et merito inter alios excellens Papinianus in suis statuerit responsis: „si quis filium suum heredem instituit, et restitutionis post mortem oneri subegit, non aliter hoc videri disposuisse, nisi cum filius ejus sine sobole vitam suam reliquerit:" nos hujus sensum merito mirati, plenissimum ei donamus eventum: ut siquis haec disposuerit, non tantum filium heredem instituens, sed etiam filiam, vel ab initio nepotem, vel neptem, pronepotem, vel proneptem, vel aliam deinceps posteritatem, et eam restitutionis post obitum gravamini subjugaverit: non aliter hoc sensisse videatur, nisi ii, qui restitutione onerati sunt, sine filiis, vel filiabus, nepotibus, vel neptibus, pronepotibus, vel pronepitibus fuerint defuncti: ne videatur testator alienas successiones propriis anteponere. cf. l. 6 C. de inst. et subst. (6, 25). Mantica, de conj. ult. vol. Lib. X tit. 7, 8. Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 89.

[3]) Oesterr. bürg. G.-B. § 617. „Die von einem Erblasser seinem Kinde zur Zeit, da es noch keine Nachkommenschaft hatte, gemachte Substitution erlischt, wenn dasselbe erbfähige Nachkommen hinterlassen hat." Sächs. bürg. G.-B. § 2508. „Haben Eltern oder Voreltern einen kinderlosen Abkömmling zu Gunsten eines Dritten mit einer Anwartschaft beschwert, so ist anzunehmen, daß die Anwartschaft wegfällt, wenn der Abkömmling später Kinder bekommen hat und diese zu der Zeit, wo die Herausgabe der Erbschaft an den Anwärter

natürlich einen Gegenbeweis nicht aus, da sie ja nur den Willen des Testators zur Geltung bringen soll.[1]) Ein solcher Wille kann aber nur angenommen werden, wenn der Fiduciar zur Zeit der Testamentserrichtung kinderlos war.[2]) Unter „erbfähigen Nachkommen" sind Adoptivkinder nicht zu verstehen, weil sie zwar erbfähig, aber keine Nachkommen sind,[3]) wohl aber legitimirte Kinder (gleichviel, ob die Legitimation durch nachfolgende Ehe[4]) oder durch Hofrescript[5]) erfolgt ist) und im Verhältniß zur Mutter auch nichtlegitimirte uneheliche Kinder.[6]) Denn der Ausdruck „erbfähige Nachkommen" ist im § 538 nur im Verhältniß zu dem eingesetzten Kinde gebraucht. Wir können daher ihn nicht, ohne in die klaren Worte eine darin nicht angedeutete Beschränkung hineinzulegen, zugleich auf das erbrechtliche Verhältniß zum Testator beziehen, also diejenigen Fälle für ausgeschlossen erachten, in denen die, überdieß dem Volksbewußtsein fremd gebliebenen, positiven Bestimmungen unseres Landrechts ein gesetzliches Erbrecht der in Ansehung ihrer unmittelbaren Eltern vollkommen erbfähigen Kinder in Beziehung auf die Großeltern, ungeachtet des natürlichen Bandes, nicht anerkennen.[7])

---

erfolgen soll, noch vorhanden sind." Vergl auch Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 9 § 5.

[1]) Alciat., tr. de Praesumt. IX nr. 2: Filio de restituenda hereditate gravato subintelligitur clausula, si decesserit sine liberis: et hoc praesumitur, ideo efficacioribus praesumtionibus tolleretur talis praesumtio.

[2]) Voet, l. c. nr. 18: Non tamen admittenda haec conditionis tacitae conjectura, si pater aut avus filium aut nepotem, liberos jam habentem, simpliciter sine liberorum in conditione positorum mentione rogaverit, cum non ignoraret, illos existere, licet tunc illi liberi moriente filio aut nepote instituto supersint.

[3]) Papin. l. 76 D. de cond. et dem. (35, 1): Fideicommissum a filiis relictum: „si quis ex his sine liberis diem suum obierit," adoptionis commento non excluditur. Menoch l. c. IV 82.

[4]) Menoch l. c. nr. 81.

[5]) Mantica l. c. XI 10. Menoch l. c. IV 79.

[6]) Vergl. Ulp. l. 17 § 4 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Si quis rogatus fuerit, ut, si sine liberis decesserit, restituat hereditatem, Papirianus scribit, etiam naturalem filium efficere, ut deficiat conditio... Mihi autem, quod ad naturales liberos attinet, voluntatis quaestio videbitur esse, de qualibus liberis testator senserit; sed hoc ex dignitate, et ex voluntate, et ex conditione ejus, qui fideicommisit, accipiendum erit. Mantica l. c. XI 9. Menoch l. c. IV 78. Cod. Fabrian. Lib. VI tit. 25 def. 2. A. M. ist Unger § 20 Note 4.

[7]) §§ 51, 604, 611, 639, 660, 661 Tit. 2 Th. II.

Eine analoge Anwendung des § 538 auf die andern Verwandten als Kindern, auferlegte Restitution ist schon durch die Natur dieser Vorschrift als eines Ausnahmegesetzes ausgeschlossen.[1])

---

§ 539. «Außer diesem Falle muß bei der Frage: wann eine fideicommissarische Substitution eintrete oder erlösche, der Inhalt der letztwilligen Verordnung, soweit die Gesetze nicht entgegenstehen, genau befolgt werden.»

335. Dieser Grundsatz, der zum Theil schon im § 59 d. T. ausgesprochen ist,[2]) beruht in der Natur der fideicommissarischen Substitution als einer wesentlichen Beschränkung des dem zunächst Berufenen zugedachten Vortheils.[3]) Gleichwohl schließt derselbe nicht aus, daß der erkennbare Wille des Testators, wenn er auch nicht mit aus-

---

[1]) Joh. a Sande, Decis. Fris. Lib. IV tit. 6 def. 6: Tacitam conditionem „si sine liberis," subintelligi tantum in substitutione a parentibus facta liberis, non quando collateralis vel extraneus collaterali aut extraneo substituit... Et ita sentit communis Doctorum schola. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 8 def. 9 (woselbst ein Leipziger Schöffenspruch vom April 1599 mitgetheilt ist, dahin lautend: Dieweil aber dennoch solche substitutio pro fideicommissaria zu halten, und nach gemeinem Schluß der Rechtslehrer dergleichen Verordnung, so nicht von Eltern den Kindern, sondern von andern einander seitwerts verwandten Personen geschehen, die condition, da sie ohne Kinder versterben würden, tacite nicht in sich begreift, So haben sich der zunechst verstorbenen Schwester Kinder solcher Verordnung nicht zu erfreuen).

[2]) Siehe B. I S. 409.

[3]) Vergl. den von Hommel, Rhaps. I obs. 236 mitgetheilten Urtheilsspruch: Obwohl Beklagter, daß nach der Meinung vieler von ihm angezogener Rechtsgelehrten alle und jede, besonders aber und wenigstens die Fideicommissa familiae, eine große Gunst in denen Rechten hätten, also bey zweifelhaften Fällen durch Auslegung eher zu erweitern als einzuschränken stünden, zu behaupten suchet.

Dennoch aber, und dieweil alle Fideicommisse den eingesetzten Erben beschwerlich, gleichwohl aber daß ein letzter Willensstifter so wenig, als nur möglich, seinen Erben zu kränken oder zu beschweren den Vorsaz habe, die rechtliche Vermuthung allenthalben obwaltet, übrigens, da fideicommissa die Veräuserung hindern, solchemnach der natürlichen Freyheit sowohl des Handels und Wandels ungehinderten Laufe, woran dem gemeinen Wesen viel gelegen, Eintrag thun, nothwendig folget, daß die Worte des Testirers Vorschrift, auf welche Fälle sich das Fideicommiß erstrecken solle, im allerengsten Verstande anzunehmen; So ist 2c.

drücklichen Worten kundgegeben ist, auch hier, wie überall, in erster Linie steht und daher volle Berücksichtigung finden muß —[1]) ein Gesichtspunkt, der ja auch in dem schon oben besprochenen § 534 eine Anwendung gefunden hat.[2])

---

§ 540. «Ist es zweifelhaft, wen der Testator durch eine nicht genau bestimmte Ernennung zum Erben oder Legatario berufen habe, so hat unter Mehreren derjenige den Vorzug, welcher mit dem Erblasser in näherer Verbindung und Bekanntschaft gestanden hat.»

§ 541. «Familienverbindungen gehen in einem solchen Falle bloßen Amts- oder freundschaftlichen Verhältnissen vor.»

§ 542. «Ist das Verhältniß vollkommen gleich, so muß die Erbschaft oder das Vermächtniß unter diejenigen, auf welche die Beziehung gedeutet werden kann, gleich getheilt werden.»

336. Die in den beiden ersteren §§ gegebenen Auslegungsmomente, auf welche ein verständiger Richter nicht erst hingewiesen zu werden braucht, gelten auch nach gemeinem Recht, da sie auf ganz natürlichen

---

[1]) Vergl. Ulp. l. 11 § 9 D. de leg. 3: Haec verba: „te fili rogo, ut praedia, quae ad te pervenerint, pro tua diligentia diligas, et curam eorum agas, ut possint ad filios tuos pervenire," licet non satis exprimunt fideicommissum, sed magis consilium, quam necessitatem relinquendi, tamen ea praedia in nepotibus post mortem patris eorum vim fideicommissi videntur continere.

[2]) Hierher gehört auch die Entscheidung Papinian's in l. 57 § 1 D. ad S. C. Treb. (36, 1): Quum ita fuerat scriptum: „Fidei filiorum meorum committo, ut, si quis eorum sine liberis prior diem suum obierit, partem suam superstiti fratri restituat. Quodsi uterque sine liberis diem suum obierit, omnem hereditatem ad neptem meam Claudiam pervenire volo." Defuncto altero superstiti filio, novissimo autem sine liberis, neptis prima quidem facie propter conditionis verba non admitti videbatur; sed quum in fideicommissis voluntatem spectari conveniat, absurdum esse respondi, cessante prima substitutione, partis nepti petitionem denegari, quam totam habere voluit avus, si novissimus fratris quoque portionem suscepisset. Vergl. auch den von Bornemann VI 99, 100 beurtheilten Rechtsfall.

Vermuthungen beruhen.[1]) Der § 542 dagegen, weit entfernt eine Auslegungsregel zu sein, gibt als richterlichen Nothbehelf eine Entscheidungsnorm, die gar nicht nach dem Willen des Testators fragt, der nun einmal nicht zu ermitteln ist, sondern an dessen Stelle einen andern Willen setzt, wobei soviel gewiß ist, daß der Eine nur zur Hälfte bekommt, was ihm der Testator ganz zugedacht hat, der Andere aber etwas erhält, was ihm der Testator gar nicht zugedacht hat.[2]) Es heißt dies, den Knoten nicht lösen, sondern mit dem Richterschwerte durchhauen. Eine gleiche Berechtigung würde die Vorschrift haben, die streitenden Theile sollten darum würfeln, wen der Testator gemeint habe. Hier hört der Richterspruch auf. Der Machtspruch des Gesetzes tritt an dessen Stelle.[3])

Das allein richtige Prinzip stellt das römische Recht in dem Satze auf:

> (Scaevola) l. 73 § 3 D. de R. J.: Quae in testamento ita sunt scripta, ut intelligi non possint, perinde sunt, ac si scripta non essent.[4])

ein Satz, der nothwendig dahin führt, jede letztwillige Zuwendung

---

[1]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. IV tit. 10 nr. 13. Conjectura deducta ex affectione aliis est potentior. tit. 11 nr. 20. Incognitus testatori non videtur vocatus. Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 16. Testatoris affectionem maxime considerari in conjecturanda ejus voluntate. Et unde colligatur major affectio erga unum, quam erga alium. praes. 25 nr. 9. Testator si vocavit duos ejusdem nominis, quorum unus est sibi conjunctus sanguine, praesumitur conjunctum vocasse, nec vitiatur institutio. nr. 10. Et ex duobus conjunctis magis conjunctum vocasse censetur. Lauterbach, dissert. academ. (Tubing. 1728) Vol. II disput. 70. De magis dilecto p. 1265—96. Voet, com. ad P. 35, 1 nr. 8. Leyser spec. 495 corollar.

[2]) Vergl. Gans im Archiv für die civil. Praxis B. 1 S. 457.

[3]) Man könnte den Zweifel aufwerfen, ob wir es hier überhaupt mit einer materiellen Rechtsbestimmung und nicht vielmehr mit einer bloßen Prozeßregel zu thun haben, nämlich mit einer Anwendung der Vorschriften der §§ 29, 30 Tit. 13 der Prozeßordnung, wonach „es den Urtelsfassern erlaubt seyn soll, den Gegenstand des Streits nach einem billigen Verhältnisse zu theilen, — wenn die Sache nach rechtlichen Gründen in ihrem bisherigen Zustande nicht verbleiben kann, sondern es ausgemacht ist, daß damit eine Veränderung vorgenommen werden müsse, der Richter aber keine überwiegenden Gründe hat, sie unter mehreren Personen, welche deshalb gleiche rechtliche Vermuthungen für sich haben, der einen oder der andern, mit Ausschluß der übrigen zuzuerkennen."

[4]) Dasselbe sagt Alfen. Varus l. 2 D. de his quae pro non scr. (34, 8).

(Erbeinsetzung oder Vermächtnißanordnung), in Betreff deren die Person des Bedachten im Wege der Willensauslegung nicht zu ermitteln ist, für ungültig zu erklären.

Modest. l. 62 § 1 D. de her. inst. (28, 5): Quoties non apparet, quis heres institutus sit, institutio non valet, quippe evenire potest, si testator complures amicos eodem nomine habeat, et ad designationem nominis singulari nomine utatur, nisi ex aliis apertissimis probationibus fuerit revelatum, pro qua persona testator senserit.

Ulp. l. 10 pr. D. de reb. dub. (34, 5): Si fuerit legatum relictum: ex cognatis meis, qui primus Capitolium ascenderit," si simul duo venisse dicantur, nec apparet, quis prior venerit, an impediatur legatum? vel ei, „qui monumentum fecerit" et plures fecerint, vel ei, „qui maximus natu est," et duo pares aetate sint; sed et si legatum „Sempronio amico" fuerit relictum, et duo sint aequa caritate conjuncti . . . Item si ex pluribus servis ejusdem nominis uni vel quibusdam libertas relicta est; et verius est in his omnibus etiam legata et libertates impediri —.[1])

Ein Wille, der sich durch die Regeln der Auslegung nicht feststellen läßt, ist rechtlich als gar nicht vorhanden zu betrachten.[2])

---

[1]) Ulp. l. 9 § 9 D. de her. inst. (28, 5): Heres institui, nisi ut certe demonstretur, nemo potest. Marcian. l. 33 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1): Sed si controversia est de nomine inter plures, qui probaverit, sensisse de se defunctum, ille admittetur. Ulp. l. 3 § 7 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Si duobus Titiis separatim legaverit..., si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum. Paul. l. 4 D. de reb. dub. (34, 5): Paulus respondit, quum nomen fideicommissarii testamento adscriptum non sit, nulli personae, neque certae, neque incertae, datum fideicommissum videri indubitatum est. Modest. l. 27 eod.: Si quis de pluribus unum manumitti voluerit, nec appareat, de quo manumittendo testator sensit, nulli eorum fideicommissa competit libertas.

Mantica l. c. Lib. VIII tit. 4. Menoch. l. c. Lib. IV praes. 25 nr. 5, 6, 8. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 9 def. 14.

[2]) v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 12 a. E. drückt dies in seiner Weise dahin aus: Gleiche Beschaffenheit hat es mit Passagen, welche so obscur seynd, daß gar kein sensus heraus zu bringen ist, und worin man juxta praef. in Nov. 107. mehr eines Wahrsagers als Dollmetschers oder wie Venetus sagt, den Schlüßl von dem Defuncto aus der Höll zu erholen vonnöthen hat. Bei dergleichen inextricablen Obscuritaeten hört alle Auslegung ebenfalls auf und sie werden — pro non scriptis geachtet. Dann die Auslegung, welche man hierüber machen wolte, wäre eben eine so desperat und vergebliche Arbeit als jene, da man aus den von einer Henne im Sand gekrazten Figuren eine Signification herauszubringen sich bemühet.

Gleichwohl muß darauf aufmerksam gemacht werden, daß das von unserem Landrecht in dem vorausgesetzten Falle, dem römischen Recht entgegen, angewendete Auskunftsmittel wohl nicht als ein selbstgeschaffenes zu bezeichnen ist, daß vielmehr schon einige ältere gemeinrechtliche Juristen auf dasselbe verweisen.[1])

---

§ 546. «Ist die Person des Legatarii bloß durch sein Verhältniß gegen den Erblasser bezeichnet; so kann nur der, welcher zur Zeit des Todes in einem solchen Verhältnisse mit dem Erblasser gestanden hat, das Legat von dem Erben fordern.»

§ 547. «Es wäre denn, daß aus dem Inhalte der Verordnung, oder sonst aus den Umständen erhellete, daß der Testator nicht bloß auf dies Verhältniß, sondern zugleich auf persönliche Zuneigung, bei Aussetzung des Legats, Rücksicht genommen habe.»

§ 548. «Was an Officianten, Gesinde oder Hausgenossen des Testators, ohne weiteren Beisatz, vermacht worden, gebührt also der Regel nach denjenigen, welche sich bei dem Ableben des Erblassers in seinem Hause oder Dienste befunden haben.»

§ 549. «Ist jedoch zur Zeit des Todes Niemand, welcher in dem angegebenen Verhältnisse mit dem Erblasser steht, vorhanden; so kann der, welcher zur Zeit des errichteten Testaments darin gestanden hat, auf das Vermächtniß Anspruch machen.»

337. Diese Auslegungsregeln beziehen sich, gleich den §§ 540 bis

---

[1]) So sagt Groenewegen, de leg. abrog. et inusit. ad l. 3 § 7 D. de adim. v. transf. leg.: Dno sunt Titii, pater et filins: Titio legatnm est. Si non appareat, de quo sensit testator: abrogata hac lege jure novissimo ambos similiter legatum accipere magis est, nt nemo a commodo testatoris defraudetur. Desgleichen bemerkt Schilter, Exerc. ad P. 39 § 114 in Bezug auf die Entscheidung Ulpian's in l. 10 pr. D. de reb. dub.: At cnr non possit res commode ita accipi, ut magis valeat quam pereat, ita nempe nt nterque ex dimidio legatum capiat... At Romanae tamen jurisprudentiae placuit stricte inhaerere verbis testatoris in heredis favorem.

543, mit denen sie im inneren Zusammenhange stehen,[1]) auf die Ausmittelung der Person des Bedachten.[2]) Der § 546 stellt die Regel auf, und dieser Regel schließt sich, als besondere Anwendung derselben, der § 548 an,[3]) natürlich ohne die Ausnahmevorschrift des § 547 ausschließen zu wollen. Wenn es daher im Testamente heißt: „meinem Kammerdiener vermache ich für seine treuen Dienste 100 Thlr.", so ist ohne Rücksicht darauf, ob der im § 549 vorgesehene Fall vorliegt, der zur Zeit der Testamentserrichtung in Diensten des Erblassers stehende Kammerdiener, als die gemeinte individuelle Person, der allein Berechtigte,[4]) gleichwie es der den Erblasser zur Zeit der Testamentserrichtung behandelnde Hausarzt sein würde, wenn die Verfügung dahin lautete: „meinem Hausarzte vermache ich in Anerkennung der mir gewidmeten aufopfernden Thätigkeit 500 Thlr."

Auch die neueren Gesetzbücher enthalten ähnliche, freilich viel kürzer gefaßte Vorschriften.[5])

---

[1]) Die den äußeren Zusammenhang unterbrechenden §§ 544, 545 gehören gar nicht hierher, indem sie bloße Modificationen des im § 289 aufgestellten Grundsatzes sind. Sie sind aber auch an sich ganz werthlos und deshalb hier übergangen.

[2]) Dieselben sind zum Theil gegen die Suarez's Ansicht aufgenommen worden, indem dieser in der revisio monitorum bemerkte:

> „Ist die Disposition so gefaßt, daß man sieht, der Testator habe nur Einen bedenken wollen, so hat der tempore mortis den Vorzug. Im entgegengesetzten Falle können beide, der tempore mortis und tempore conditi testamenti das Legat fordern. Z. E. es ist disponirt: meinem Kammerdiener vermache ich 100 Th., so muß der Erbe beiden 100 Th. bezahlen. Ist aber disponirt: meinem Kammerdiener vermache ich meine Taschenuhr, so bekommt sie nur der, der tempore mortis im Dienst ist."
>
> Bornemann VI S. 62.

[3]) Das darin gebrauchte Anknüpfungswort „also" bezieht sich nicht auf den § 547.

[4]) Bornemann a. a. O.

[5]) Oesterr. bürg. G.-B. § 683. „Hat der Erblasser seinen Dienstpersonen ein Vermächtniß hinterlassen, und sie bloß durch das Dienstverhältniß bezeichnet; so wird vermuthet, daß es diejenigen erhalten sollen, welche zur Zeit seines Ablebens in dem Dienstverhältnisse stehen. Doch kann in diesem, so wie in den übrigen Fällen, die Vermuthung durch entgegengesetzte stärkere Vermuthungsgründe aufgehoben werden." Sächs. bürg. G.-B. § 2163. „Hat der Erblasser zu Gunsten einer Classe von Personen oder zu Gunsten solcher Personen, welche zu ihm in einem Dienst- oder irgend einem anderen Geschäftsverhältnisse stehen, mit bloßer Bezeichnung dieses Verhältnisses verfügt, so ist anzunehmen, daß diejenigen gemeint sind, welche zur Zeit seines Todes

§ 550. «Wenn eine verheirathete oder verlobte Person ihrem Ehegatten oder Verlobten, ohne weiteren Beisatz, etwas vermacht; so hat derjenige, welcher erst nach errichtetem Testamente in eine solche Verbindung mit dem Erblasser getreten ist, auf das Vermächtniß keinen Anspruch.»

§ 551. «Wenn eine noch unverheirathete oder unverlobte Person ihrem Ehegatten oder Verlobten etwas vermacht hat; so ist darunter diejenige Person zu verstehen, welche mit dem Testator zur Zeit seines Ablebens solchergestalt verbunden ist.»

§ 552. «Eben dieselben Auslegungsregeln (§ 550. 551) finden Statt, wenn dem Ehegatten oder Verlobten eines Dritten, ohne weitere Bestimmung, etwas vermacht worden.»

338. Die Rechtsprechung würde sicherlich nicht darunter leiden, wenn der in einer Ueberfülle von Casuistik sich ergehende Preußische Gesetzgeber uns mit diesen, ganz selbstverständlichen Bestimmungen verschont hätte.[1]) Sollte wohl in dem im § 550 vorgesehenen Falle ein Richter auf den Gedanken kommen, der verheirathete oder verlobte Testator habe vorsorglich auch eine zweite Heirath oder eine zweite Verlobung im Auge gehabt?

Ein Fall, wie der im § 551 vorausgesetzte, wird aber überhaupt im Leben gar nicht vorkommen.

Die Aufnahme jener Vorschriften wird nur daraus erklärlich, daß auch die älteren gemeinrechtlichen Juristen sich mit derartigen Fragen beschäftigt haben.[2])

---

zu der angegebenen Classe von Personen gehören oder zu ihm in dem bezeichneten Verhältnisse gestanden haben."

[1]) Man sollte fast glauben, daß die Redactoren unseres Landrecht durch eine solche, auf alle möglichen und unmöglichen Fälle berechnete Casuistik es darauf abgesehen haben, jeden Commentator zurückzuschrecken. Wenigstens haben sie ihm seine Arbeit sehr sauer gemacht.

[2]) **Mantica**, de conj. ult. vol. Lib. VIII tit. 15 nr. 1. Legatum relictum uxori intelligitur de prima tantum, nisi ex conjectura ad aliam extendatur. nr. 2. Legatum alimentorum relictum uxori intelligitur etiam relictum posteriori. nr. 3. Legatum relictum uxori, cum testator nondum esset conjugatus, non solum primae, sed etiam posteriori relictum intelligitur. **Menoch.**, de Praesumt. Lib. IV praes. 21 nr. 29. Testator habens uxorem,

§ 554. «Wenn es streitig ist, was unter der von dem Erblasser bestimmten Qualität oder Quantität einer Sache gemeint sei; so muß das Gutachten der Sachverständigen den Ausschlag geben.»

§ 555. «Kann aber erwiesen werden, daß der Erblasser mit der im Testamente gebrauchten Benennung eine gewisse Art von Sachen zu bezeichnen gewohnt gewesen, so geht diese Auslegung dem Urtheil der Sachverständigen vor.»

§ 556. «Uebrigens finden die bei Willenserklärungen gegebenen Auslegungsregeln auch bei letztwilligen Dispositionen, theils überhaupt, theils als Richtschnur für die Sachverständigen, in dem Falle des § 554 Anwendung. (Tit. 4 § 65 ff.)»

339. Auch bei der Auslegung letztwilliger Verfügungen gilt als Grundregel:

> „Der Sinn jeder ausdrücklichen Willenserklärung muß nach der gewöhnlichen Bedeutung der Worte und Zeichen verstanden werden." [1])

---

si ei reliquit legatum, et ipsa decedat, et aliam ducat, legatum huic secundae non debetur. praes. 122. Legatum uxori factum an et quando praesumatur relictum etiam secundae uxori ductae mortua prima. Brunnemann, com. in P. ad l. 19 de reb. dub. nr. 4 sqq.

[1]) § 65 Tit. 4.

Paul. l. 25 § 1 D. de leg. 3: — quum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio. Marcell. l. 69 pr. eod.: Non aliter a significatione verborum recedi oportet, quam quum manifestum est, aliud sensisse testatorem.

Mantica, de conj. ult. vol. Lib. III tit. 8. De communi usu loquendi. Zasii consil. VII nr. 17. Si ex testatoris dispositione intellectus ambiguus oriatur, ea locutio secundum communem usum et consuetudinem loci, in quo habitat, intelligenda est.

Churf. Pfaltz bey Rhein. erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 19 § 4. „Deßgleichen, wann die Wort deß abgestorbenen, mit welchen er legata oder fideicommissa verschafft hat, an ihnen selbst klar, also daß daran kein Zweifel zu haben, was der verstorben damit gemeint (wie sich dann ein jeder, der etwas verschaffen will, verstendiglicher, klarer wort zu befleißigen) bleibt es bey obgemeldter ordnung, daß solchem nach dem letzten willen folg geschehe. Wo aber der will auß unklaren, dunkeln worten, anderst gedeutet werden kan, so bleibt man bey der eigenschaft der wort, und ist abermal keiner erklärung von nöthen. Sintemal die wort das gemüth zu erkennen geben

Hieran reiht sich aber der diese Regel beschränkende Satz:

„Ist der Sprachgebrauch nach Beschaffenheit der Person verschieden, so muß auf die Person des Erklärenden gesehen werden." [1])

Es ist daher der Sinn entscheidend, welchen der Testator mit gewissen Ausdrücken zu verbinden gewohnt war.[2])

Die letztere Rücksicht darf aber niemals dahin führen, eine Auslegung zuzulassen, welche nach der Wortbedeutung geradezu unmöglich

---

und dafür gehalten wird, daß ein jeder, wie er redet, also auch in eignem verstand der wort gesinnet sey." (Wörtlich aufgenommen in das revid. L.-R. des Herzogth. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 3 § 14.) Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 12: „— 1mo Soll man deutliche und klare Dispositionen niemal auszulegen oder zu verdrehen suchen. Sohin 2do die Worte bey ihrer gewöhnlichen und landläufigen Bedeutungen gelassen werden . . ." Sächs. b. G.-B. § 2155. „Sind die Worte eines letzten Willens deutlich so ist der Sinn anzunehmen, welchen sie geben."

[1]) § 67 Tit. 4.

Maecian. l. 96 D. de R. J.: In ambiguis orationibus maxime sententia spectanda est ejus, qui eas protulisset.

[2]) Ulp. l. 50 § 3 D. de leg. 1: — ante omnia ipsius patrisfamilias consuetudo, deinde regionis, in qua versatus est, exquirenda est . . . Paul. l. 18 § 3 D. de instruct. v. instr. leg. (33, 7): — Optimum ergo esse Pedius ait: non propriam verborum significationem scrutari: sed imprimis, quid testator demonstrare voluerit: deinde in qua praesumtione sunt, qui in quaque regione commorantur. Anwendungen dieses Satzes enthalten l. 9 pr. § 4, l. 10 D. de trit. vin. (33, 6), l. 32 § 2 § 5 D. de aur. arg. (34, 2). Mantica l. c. tit. 9 De consuetudine loquendi testatoris. Lib. VI tit. 9. Ex usu testatoris quemadmodum conjectura voluntatis colligatur. Zasii Consil. II nr. 2, 4. Quae quis vivens observare consuevit, ex eis conjectura voluntatis etiam post mortem ejus sumitur. Hert, diss. de collisione legum sect. VI § 3. — Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. a. a. O. § 6. „Ebner gestalt dann dabey auch diese umbständ wol zu bedenken, was der verstorben für gebräuch und weiß zu reden gehabt, was an dem ort, da er gelebt, die wort, gemeinem gebrauch nach, gelten —" Oesterr. bürg. G.-B. § 655. „Worte werden auch bei Vermächtnissen in ihrer gewöhnlichen Bedeutung genommen; es müßte denn bewiesen werden, daß der Erblasser mit gewissen Ausdrücken einen ihm eigenen besonderen Sinn zu verbinden gewohnt gewesen ist; oder, daß das Vermächtniß sonst ohne Wirkung wäre." Sächs. bürg. G.-B. § 2156. „Lassen die Worte eine verschiedene Auslegung zu, so ist auf den Sprachgebrauch zu sehen, welcher am Wohnsitze des Erblassers zur Zeit der Errichtung des letzten Willens der gewöhnliche war, ausgenommen wenn bewiesen werden kann, daß der Erblasser die Worte in einer anderen Bedeutung gebraucht hat."

ist.[1]) Denn alsdann kommt der schon oben zu § 518 angedeutete Gesichtspunkt zur Geltung:

> Qui aliud dicit, quam vult, neque id dicit, quod vox significat, quia non vult, neque id, quod vult, quia id non loquitur (l. 3 D. de reb. dub. 34, 5).

Der erklärte Wille ist nicht vorhanden, der vorhandene Wille ist nicht erklärt.[2]) Die letztwillige Verordnung kann daher nicht bestehen.

340. Der § 554 ist insofern ungehörig, als das materielle Recht über die zur Erforschung des Willens des Erblassers dienenden Beweismittel keine Bestimmung zu treffen hat. Auch ist es nicht das Gutachten der Sachverständigen, welches diesen Willen festzustellen hat; es ist dies vielmehr allein Sache der richterlichen Thätigkeit.

> Voluntatis defuncti quaestio in aestimatione judicis est. (l. 7 C. de fideic. 6, 42).

---

[1]) Paul. l. 32 § 2 D. de aur. arg. (34, 2): — in his, quae dubium est, cujus generis sint, consuetudinem patrisfamilias spectandum, non etiam in his, quae certum est, ejus generis non esse. Ulp. l. 4 pr. D. de leg. 1: — Quodsiquis, quum vellet vestem legare, supellectilem adscripsit, dum putat supellectilis appellatione vestem contineri, Pomponius scripsit, vestem non deberi; quemadmodum si quis putet auri appellatione electrum vel aurichalcum contineri, vel quod est stultius vestis appellatione argentum contineri. Rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia. Celsus l. 7 § 2 de supell. leg. (33, 10): Servius fatetur, sententiam ejus, qui legaverit, aspici oportere, in quam rationem ea solitus sit referre; verum si ea, de quibus non ambigeretur, quin in alieno genere essent... supellectili quis adscribere solitus sit, non idcirca existimari oportere, supellectili legata ea quoque contineri; non enim ex opinionibus singulorum, sed ex communi usu nomina exaudiri debere ... non videri quemquam dixisse, cujus non suo nomine usus sit; nam etsi prior atque potentior est, quam vox, mens dicentis, tamen nemo sine voce dixisse existimatur, nisi forte et eos, qui loqui non possunt, conato ipso et sono quodam et inarticulata voce dicere existimamus. Mantica l. c. Lib. III tit. 3 nr. 18. Voluntas testatoris, cui verba saltem improprie non deserviunt, non est servanda. tit. 5. Quando a propria verborum significatione liceat in testamentis recedere. Vinnii sel. jur. quaest. Lib. II cap. 27. Hilliger, Donell. enucleat. Lib. VIII cap. 4 note. A: — non tamen contra apertam significationem verborum probatio voluntatis admittitur, si nullo omnino nec proprio nec improprio sensu verbum illud significet id, de quo testator sensisse dicitur. Periculosum certe esset conjecturam voluntatis recipere contra apertam significationem; nihil sic certi esset in testamentis. Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 28. Febr. 1825 in Seuffert's Archiv VII Nr. 67.

[2]) Unger, System des österr. allg. Privatr. II S. 126, 127.

341. Eine wichtige Frage ist:

ob in Gemäßheit des § 71 Tit. 4[1]) auch spätere formlose Erklärungen des Erblassers zur Ausmittelung seines in gehöriger Form ausgesprochenen Willens dienen können.

Von den römischen Juristen wird diese Frage bejaht[2]) — eine Ansicht, welche auch in der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis festgehalten,[3]) auch wohl dahin ausgedehnt wird, daß selbst die dem letzten Willen vorausgegangenen Erklärungen des Testators als ein geeignetes Interpretationsmittel zu erachten seien.[4])

---

[1]) „Hat der Erklärende seinen Willen bei anderer Gelegenheit deutlich ausgedrückt, so muß das Dunkle einer streitigen Erklärung dieser deutlichen Aeußerung gemäß verstanden werden."

[2]) Ulp. l. 21 § 1 D. qui test. fac. (28, 1): Si quid post factum testamentum mntari placnit, omnia ex integro facienda sunt. Qnod vero quis obscurins in testamento vel nuncupat, vel scribit, an post solennia explanari possit, quaeritur, utputa Stichum legaverat, quum plures haberet, nec declaravit, de quo sentiret; Titio legavit, quum mnltos Titios amicos haberet; erraverat in nomine, vel praenomine, vel cognomine, quum in corpore non errasset; poteritne postea declarare, de qno senserit? Et puto, posse; nihil enim nunc dat, sed datnm significat. Sed et si notam postea adjecerit legato vel sua voce, vel literis, vel sua manu, vel nomen legatarii, quod non scripserat, vel nummorum quantitatem, an recte fecerit? Et pnto, etiam qualitatem nummorum posse postea addi; nam etsi adjecta non fuisset, utique placeret, conjectionem fieri ejus, quod reliquit, vel ex vicinis scripturis, vel ex consnetudine patrisfamilias vel regionis. (Vergl. dazu Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideic. Abth. I § 30 S. 173.)

[3]) Mantica l. c. Lib. III tit. 1 nr. 1. Testator potest suam voluntatem interpretari, et ab ejns declaratione non est recedendum. nr. 2. potest etiam ex intervallo. nr. 3. Institutio facta in testamento potest a testatore interpretari in codicillis. nr. 7. Testamentum interpretatur etiam per privatam scripturam ipsins testatoris. nr. 12. Testator potest interpretari suam volnntatem absque solennitate. tit. 20. nr. 7. Testamentum potest declarari codicillis, quamvis sint imperfecti. Zasii Consil. II nr. 8. Mens testatoris non solum ex verbis in testamento, sed etiam ex his, qnae extra testamentum protulit, attenditur. III nr. 54. Voluntas testatoris etiam ex invalidis testamentis declaratnr. S. Stryk, de caut. test. cap. 23 § 22. Verba testamenti ambigua in codicillis declarare licet. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Cap. 2 § 12: — Oftermal geschiehet es, daß sich Disponent entweder vor- oder nach der Disposition etwas näher hierüber erklärt, und da ist der Casus, von welchem die Anthores sagen, daß die Interpretation auch durch Gezeugen gemacht werden könnte. Vergl. Seuffert, Archiv V Nr. 196. IX Nr. 182.

[4]) Mantica l. c. Lib. III tit. 1 nr. 5. Testamentnm potest interpretari etiam ex iis, quae testator ipse dixit ante testamentum (Bartolus, Jason,

Dieser Ansicht hat sich auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen angeschlossen, indem dasselbe bestimmt:

§ 2157. „Die Auslegung kann auf formlose Erklärungen des Erblassers gestützt werden, welche vor oder nach der Errichtung des letzten Willens liegen."

In den **Motiven** wird dazu bemerkt:

> Es ist hier vorausgesetzt, daß es sich in der That bloß um die Interpretation des letzten Willens handelt; um in die Worte eines Testamentes eine Disposition hineinzulegen, welche gar nicht darin enthalten ist, dazu können formlose Erklärungen des Erblassers nicht benutzt werden . . . Nicht ohne Grund ließe sich zwischen den formlosen Erklärungen des Testators, welche vor der Testamentserrichtung und den Erklärungen, welche nach der Testamentserrichtung liegen, unterscheiden, indem die letzteren, unter den Gesichtspunkt einer authentischen Interpretation fallend, unstreitig mehr Gewicht haben, als die ersteren, welche sich immer bloß auf eine von dem Testator gehegte Absicht beziehen. Indessen hat man Bedenken getragen, den Richter in der Beurtheilung des concreten Falles durch specielle Vorschriften zu binden.

Diesen Gesichtspunkt werden wir auch nach Preußischem Rechte festzuhalten haben. Die gedachten formlosen Erklärungen sind als Interpretationsmittel keineswegs abzuweisen. Aber ihr Gewicht hat in allen Fällen der Richter, unter sorgfältiger Berücksichtigung der obwaltenden Umstände, zu beurtheilen. Die Auslegung darf auch hier nur dazu führen, „daß die getroffene letztwillige Verfügung in dem sonst zu ermittelnden Sinne des Erblassers zur Geltung gebracht, nicht aber, daß ein völlig davon verschiedenes Etwas dafür substituirt werde,"[1]) mit andern Worten, es muß von jener Erklärung gelten, was **Ulpian** a. a. O. (S. 208 Note 1) von ihr sagt: nihil dat, sed datum significat.

Alexander). Mit Recht macht jedoch **Elvers** (Theoretisch-praktische Erörterungen aus der Lehre von der testamentar. Erbfähigkeit S. 72 Note 43) darauf aufmerksam, daß gerade bei diesem Erklärungsmittel die höchste Vorsicht nöthig ist und daß aus dem Inhalte älterer Testamente nie **gegen** das letzte Testament interpretirt werden darf, weil immer eine dem Erben günstigere Abänderung des Willens im Zweifel vermuthet werden muß.

[1]) **Siebenhaar**, Comment. zu dem bürgerl. Gesetz-Buche für das K. Sachsen III S. 258.

Von Testamentsexecutoren.[1]

§ 557. «Hat der Erblasser Jemandem die Vollziehung seines letzten Willens aufgetragen, so ist derselbe als ein Bevollmächtigter des Erblassers, und die letztwillige Verordnung selbst als seine Vollmacht und Instruction anzusehen. (Tit. 13 Abschn. 1).»

§ 558. «Ist mit dieser Vollziehung zugleich die Verwaltung des Nachlasses ganz oder zum Theil verbunden, so ist der Vollzieher in so weit als ein Verwalter fremder Güter zu betrachten. (Tit. 14 Abschn. 2.)»

§ 559. «Er ist also zwar schuldig, bei dieser Verwaltung auf das Interesse und die Verfügungen des Erben Rücksicht zu nehmen;»

§ 560. «So wenig aber, als der Erbe selbst etwas gegen den Willen des Erblassers verfügen kann; so wenig ist der Vollzieher befugt, in solche Verfügungen des Erben zu willigen.»

§ 561. «Wenn über den Sinn einer Verordnung des Erblassers zwischen dem Testamentsvollzieher und dem Erben gestritten wird, so gebührt, im zweifelhaften Falle, der Meinung des Ersteren der Vorzug.»

§ 562. «So weit der Vollzieher als Verwalter fremder Güter angesehen wird, ist er auch zur Rechnungslegung verpflichtet.»

342. Dieses wichtige Institut, welches erst der neueren Rechts-

---

[1]) Mevii com. in Jus Lub. II art. 15 nr. 4 sqq. Lauterbach, Dissert. acad. (Tub. 1728) Vol. II disput. 79. De executoribus voluntatum ultimarum. (a. 1668). Leyser, med. ad P. spec. 374 m. 1—12. Roßhirt, über Testamentsexekutoren, in den Abhandl. civilistischen und criminalistischen Inhalts I (1833) S. 217 f. Pauli, Abhandl. aus dem Lübischen Recht III S. 306 f. J. Scholz, der Dritte, über Testaments-Vollzieher, besonders in Anwendung auf das Geschäftsleben (Altenburg, 1841). Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 (1843) S. 390—448. Beseler, von den Testamentsvollziehern (in der Zeitschr. für Deutsch. Recht IX (1845) S. 144 ff. Derselbe, Lehre von den Erbverträgen I S. 96 ff. 249 ff. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X S. 1011 ff. (welcher der Darstellung Beseler's folgt). Vergl. auch die Lehrbücher des deutsch. Privatr. von Gerber § 265. Beseler § 164. Walter § 423. Bluntschli § 201.

bildung, wo nicht seinen Ursprung, doch seine Entwickelung verdankt,[1]) ist von unserem Landrechte sehr stiefmütterlich behandelt, gleichwohl aber aus dem richtigen Gesichtspunkte aufgefaßt worden.

Der Zweck desselben ist ein doppelter: „einmal dem Erben die mit der Regulirung des Nachlaßwesens verbundenen Mühen und Lasten abzunehmen — und sodann die Ausführung der testamentarischen Anordnungen dadurch zu sichern, daß sie aus den Händen des an ihrer mangelhaften oder verzögerten Ausführung interessirten Erben in die einer uninteressirten Person gelegt wird."[2]) Der letztere Gesichtspunkt ist der vorherrschende und er ist es zugleich, welcher dem Institute seinen eigentlichen Charakter verleiht, nämlich den einer, der Erbeinsetzung beigefügten Beschränkung, vermöge deren dem Erben, soweit die Anordnung reicht, die freie Verfügungsgewalt entzogen und einem Dritten übertragen, oder doch der Erbe in Ausübung der überkommenen Rechte und Pflichten unter fremde Aufsicht und Controle gestellt wird.[3]) Dabei ist aber immer festzuhalten, daß wir es hier nicht mit einer dem Erben zum Vortheil eines Dritten auferlegten Beschränkung zu thun haben. Der Testamentsvollzieher, soweit auch seine Befugnisse reichen mögen, hat als solcher nur die Stellung einer Mittelsperson, welche fremden Zwecken dient. Er ist gewissermaßen das Werkzeug, welches der Erblasser dazu auserseben hat, seinen letzten Willen zur Ausführung zu bringen.[4])

---

[1]) Es ist in dieser Hinsicht auf die ausführlichen Erörterungen in den angeführten Abhandlungen von Pauli und Beseler zu verweisen.

[2]) Ihering, Geist des röm. Rechts Th. 3 (Leipz., 1865) S. 234.

[3]) Hieraus erklärt sich auch die schon den älteren deutschen Rechtsquellen zum Grunde liegende, lange Zeit in der deutschen Jurisprudenz herrschend gebliebene Ansicht, wonach das Institut der Testamentsexecutoren nach Analogie der Vormundschaft beurtheilt wurde, indem man von dem Satze ausging: Executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur. Vergl. Beseler a. a. O. S. 161 f. und die von ihm genannten Schriftsteller. Auf dieser Theorie beruht auch die den älteren Rechtslehrern sehr geläufige Eintheilung der Testamentsvollzieher in testamentarii, legitimi und dativi (Lauterbach l. c. cap. III. Hofacker, Princ. jur. civ. II § 1629. Hellfeld, Jurispr. for. § 1503 u. A.), desgleichen die in mehreren Partikularrechten ausgesprochene Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Bestätigung (Württ. Landr. Th. III Tit. 27 § 1, Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 17) so wie die Bezeichnung des Geschäfts der Testamentsvollzieher als eines vermöge allgemeiner Bürgerpflicht zu übernehmenden „Executions-Amts" (Frankf. Reform. Th. IV Tit. 11 § 1. Württ. Landr. a. a. O. Reyscher, Com. zu demselben III § 682).

[4]) Carpzov, Opus Decis. P. II dec. 198 nr. 15, 16: Executor testamentarius

Diese Bemerkungen führen von selbst zu dem richtigen Prinzipe der Lehre, wie es der § 557 an die Spitze stellt. „Der Testamentsvollstrecker ist ein von dem Erblasser bezeichneter Vertrauensmann, welcher die erbrechtliche Vollmacht erhält, für den Vollzug des letzten Willens zu sorgen. Insofern ist er ein Stellvertreter des Erblassers und als solcher von dem Willen der Erben unabhängig, denen er oft zuwiderhandeln muß, um seinen erbrechtlichen Auftrag zu erfüllen." [1]) Aber man darf nicht soweit gehen (wie Beseler es thut), in dem Testamentsvollzieher einen Repräsentanten des Erblassers (wenn auch nur in formellem Sinne) zu erblicken. Diese Auffassung ist dem

— procurator habetur defuncti... ob id inveutue, ut supremum defnncti votum aut elogium pro sua couscientia adimplere debeat, unde et minietri a ICtie nuncupantur.

Vergl. Marcell. l. 17 pr. D. de leg. 2: Si quis Titio decem legaverit, et rogaverit, nt ea restituat Maevio, Maevinsque fuerat mortuus: Titii commodo cedit, non heredis: niei duntaxat ut ministrum Titium elegit —. Scaevola l. 88 § 1 eod.: „A te peto Titi, fideique tuae committo, uti curam condeudi corporis mei suscipias: et pro hoc tot aureos e medio praecipito." Quaero: an, ei Lucine Titius minue, quam decem aureos, erogaverit, reliqua summa heredibus proficiat. Respondi: secundum ea, quae proponerentur, heredum commodo proficere. Diese Stellen (vergl. auch l. 4 § 7 D. de relig. 11, 7: ei cui funeris eui curam teetator mandaverit — l. 12 § 17, l. 13 D. mandat. 17, 1, l. 8 l. 9 pr. D. de alim. leg. 34, 1) ergeben, daß auch das röm. Recht eine durch einen Auftrag des Erblassers angeordnete Vollziehung des letzten Willens kannte, aber nur in Ansehung einzelner Geschäfte. Von einem selbständigen Institute findet sich in den röm. Rechtsquellen keine Spur. Vering, Röm. Erbrecht (1861) S. 472, 473.

[1]) Bluntschli, Erläut. des privatr. G.-B. für den K. Zürich IV S. 164.

Lauterbach l. c. cap. 2: — Executores ultimarum voluntatum nobis sunt personae principaliter ad id constitutae, ut legitimam testatoris voluntatem adimpleant.

Claproth, Abhandl. von Testamenten (Gött. 1782) § 110: — Es ist aber ein Testamentsexecutor derjenige, welchem im Testament, oder auf eine andere Art entweder im allgemeinen aufgetragen ist, davor zu sorgen, daß dem Testament nachgelebet, und selbiges in völligste Erfüllung gebracht werde, oder welchem bestimmte Vorschriften ertheilet sind, wie weit sein Auftrag gehen soll.

Auf diesen Begriff deutet auch die in älteren Partikularrechten sich findende Bezeichnung „Geschefftiger," „Außrichter," „Treustrager" oder „Treuhander" (Nürnberg. Reform. Tit. 39 Ges. 2 § 3. Frankf. Reform. Th. IV Tit. 11 § 1, älteres Chur-Baier. L.-R. Tit. 44 Art. 1). Der auch vorkommende Ausdruck „Seelwärtl," „Seelwärter" (Haltaus Glossar. p. 1670) hängt mit dem alten Institut der Salmannen zusammen.

neueren Rechte ganz fremd. Der alleinige Gesammtnachfolger des Verstorbenen, welcher in die Gesammtheit der vermögensrechtlichen Beziehungen desselben (in universum jus defuncti) als nunmehriger Träger des hinterlassenen Vermögens eintritt, ist und bleibt der Erbe.[1]) Die dem Testamentsvollzieher übertragene Gewalt besteht nur in einer ihm vom Erblasser anvertrauten Geschäftsführung, welche er an der Stelle des Erben, dem sie an sich zustehen und obliegen würde, vorzunehmen hat.[2]) Allerdings nimmt derselbe dem Erben gegenüber insofern eine selbständige Stellung ein, als Letzterer der von dem Erblasser gewollten Beschränkung seiner eigenen Verfügungsgewalt sich unterwerfen muß, also jenen ihm aufgenöthigten Geschäftsführer nicht, gleich einem selbstgewählten Stellvertreter, willkürlich beseitigen darf. Dies liegt aber nur darin, daß der Testamentsvollzieher seine Machtvollkommenheit von dem Erblasser, nicht von dem Erben herleitet.[3])

---

[1]) S. B. I S. 6 ff.

[2]) Vergl. Gerber, System des deutsch. Privatr. § 265 Note 7, welcher gegen Beseler bemerkt: „Zunächst ist eine Theilung der Persönlichkeit des Erblassers in eine formelle und materielle ganz undenkbar. Dann fragt es sich, worin zeigt sich die s. g. formelle Repräsentation? In der Vertheilung und Administration des Nachlasses? Aber diese übernimmt der Executor nicht als Repräsentant des Erblassers sondern der Erben, welche jene, im Falle daß kein Executor vorhanden wäre, selbst ausführen müßten... Die Verbindung des Erblassers mit dem Executor ist nur diese: jener gibt diesem den Auftrag, ein Geschäft im Namen der Erben vorzunehmen." — So sagt auch Unger § 27 Note 7: „Der Testamentsvollzieher hat das Mandat vom Erblasser, besorgt aber das aufgetragene Geschäft für die Erben und anstatt ihrer: er handelt im (unwiderruflichen) Auftrag des Erblassers, aber im Namen (in Stellvertretung) der Erben."

[3]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 21. Januar 1853: Ein Testamentsexecutor vertritt als Bevollmächtigter den Erblasser und nicht die Erben; er ist deshalb lediglich an des Ersteren und nicht an der Letzteren Willen gebunden, und innerhalb der Gränzen der ihm von dem Erblasser ertheilten Vollmacht ebenso befugt als verpflichtet, den Nachlaß aktiv und passiv zu vertreten. (Striethorst, Archiv B. 8 S. 242 f.) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. Febr. 1861: Die Rechte eines Testamentsexecutors sind nur formeller Natur; er tritt nicht an die Stelle des Erben selbst, sondern er vertritt nur den Erben und übt daher nicht selbständig eigene, sondern immer nur fremde Rechte aus. (Ebendas. B. 41 S. 14 f.) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 19. Decemb. 1862: — Der Testamentsexecutor ist nach § 557 I. 11 A. L.-R. wirklich Bevollmächtigter des Erblassers, nicht des Erben; er verwaltet den Nachlaß nicht im Auftrage des Erben, sondern des Erblassers, und wenn er gleich den Nachlaß, da dieser dem Erben eigen-

343. Ueber die Form der Bestellung von Testamentsvollziehern enthält das Landrecht keine Bestimmung. Das Hof-Rescript vom 19. Mai 1804[1]) spricht jedoch, in Uebereinstimmung mit der Praxis, aus:

> daß die Ernennung desjenigen, welchem der Erblasser die Vollziehung seines letzten Willens aufträgt, durch eine Erklärung unter den Lebendigen, oder durch eine letztwillige Verordnung dergestalt geschehen könne, daß es in beiden Fällen keiner Feierlichkeit bedürfe, sondern hinreichend sei, wenn nur von der Gewißheit der Willensmeinung des Ernennenden hinlänglich constirt.

Hiermit stimmt auch das gemeine Recht überein.[2])

So verordnet das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 16:

> „— 4to Kann die Benennung (des Executors) nicht nur in dem letzten Willen selbst, welcher in den Vollzug kommen soll, sondern auch in anderweg mündlich oder schriftlich geschehen, sofern er nur genugsam bewiesen werden mag."

Die älteren Partikularrechte übergehen meist diese Frage.[3]) Das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen schreibt jedoch vor:

§ 2230. „Ein Vollzieher des letzten Willens kann in einem letzten Willen, in einem Erbvertrage, durch eine zwischen dem Erblasser und dem Vollzieher getroffene Uebereinkunft bestellt werden . . ."

---

thümlich gehört, im Interesse des Erben, statt seiner und in diesem Sinne für ihn verwaltet, so ist er doch keinesweges der Mandatar des Erben, der ihn nicht bestellt hat, dem er vielmehr, als eine Beschränkung der Erbeseinsetzung und der Befugnisse eines Erben, vom Erblasser bestellt worden ist. Daher ist die Folgerung des vorigen Richters, daß der Erbe mit demselben Recht, mit welchem jeder Machtgeber, ungeachtet des Vorhandenseins eines Mandatars, sein Recht selbst wahrnehmen könne, mit eben dem Recht dazu befugt sein müsse, rechtlich unhaltbar und den gesetzlichen Bestimmungen widersprechend, nach welchen der Erbe eben nicht der Machtgeber des Testamentsexecutors ist und daher auch nicht einem andern Machtgeber ihm gegenüber gleichgestellt werden kann. (Entscheid. B. 48 S. 95 f.)

Vergl. auch Entscheid. B. 38 S. 362 f. und Striethorst, Archiv B. 52 S. 122 f.

[1]) Rabe, Samml. VIII S. 61.

[2]) Lauterbach l. c. cap. 3 nr. 30. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 15 Nr. 2.

[3]) So auch das Oesterr. bürg. G.-B. Vergl. darüber Allg. österr. Gerichts-Zeit. 1864 S. 19 f. S. 27 f. und Unger § 27 Note 6.

während der Großh. Hessische Entwurf Abth. III Art. 204 bestimmt:

„Die Ernennung der Vollzieher kann nur in der Form eines letzten Willens geschehen.“ [1])

desgleichen das privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich:

§ 2099. „Der Erblasser kann im Testament einen oder mehrere Testamentsvollstrecker ernennen.“

344. Auch in Betreff der Fähigkeit zur Uebernahme des Geschäfts als Testamentsvollzieher fehlt es in unserem Landrecht an einer ausdrücklichen Bestimmung. „Nach dem Wesen des Rechtsverhältnisses läßt sich nur der Satz aufstellen, daß jede Person, sei es eine natürliche oder juristische, zur Uebernahme der Testamentsvollstreckung befähigt ist, die sich überhaupt gültig verpflichten und namentlich eine andere in bürgerlichen Geschäften vertreten kann.“ [2]) Dies ist auch der Standpunkt des neueren Rechts.[3])

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 16: „1mo Kann regulariter ein Jeder pro Executore benannt werden, der nicht Alters halber oder sonst von Natur dazu untauglich ist, wie z. E. Kinder, Unvogtbare, Unsinnige, Stumme, Taube, Blinde und dergleichen . . .“

---

[1]) Motive: Die Ernennung von Testamentsvollziehern ist eine Verfügung auf den Todesfall, folglich ein Ausfluß des letzten Willens des Erblassers; sie ist also auch denselben formellen und materiellen Beschränkungen unterworfen, denen das Recht, durch letzten Willen zu verfügen, unterliegt.

Uebrigens ist diese Ernennung durch die Vorschrift des Art. 99 sehr erleichtert, welcher dieselbe unter denjenigen Verfügungen aufzählt, die in eigenhändig niedergeschriebenen letzten Willen getroffen werden können.

Auch die Französische Jurisprudenz nimmt an: L'exécuteur testamentaire ne peut être nommé que par un acte en forme de testament. Les Codes annotés de Sirey vol. I art. 1025 nr. 1.

[2]) Beseler a. a. O. S. 184, 185. Lauterbach l. c. cap. 6. v. Kreittmayr a. a. O. § 16 nr. 2. Hiermit beseitigen sich die weitläufigen Erörterungen der älteren Theorie über die Fähigkeit oder Unfähigkeit der Frauen, Geistlichen, Unmündigen u. s. w.

[3]) Die älteren deutschen Partikularrechte sprechen im Allgemeinen von „glaubwürdigen und ehrbaren Männern“ (Land-Ger.-Ord. des Hertzogth. Francken Th. III Tit. 71 § 1) „vertrauten glaubwürdigen Mannspersonen“ (Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. Th. III Tit. 38 pr. Landr. der Markgrafsch. Baaden x. Th. V Tit. 24 pr.). — Eine besondere Vorschrift enthält das Lübische Recht Th. II Tit. 1 § 15. „Außheimische frembde Leute, welcher dieser Stadt Bürger nicht sein, können zu Testamentarien nicht verordnet werden, zu den Testamenten, welche binnen dieser Stadt Jurisdiction gemacht seind.“

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2231. „Personen, welche unter Vormundschaft stehen, können, selbst wenn ihre Vormünder einwilligen, nicht Vollzieher eines letzten Willens werden.“[1])

Code civ. art. 1028. „Celui qui ne peut s'obliger, ne peut pas être exécuteur testamentaire.“

Hiernach sind auch Frauenspersonen nicht ausgeschlossen.[2]) Denn es handelt sich hier nicht um ein munus publicum oder ein negotium virile, sondern um ein Privatgeschäft, dem sich jeder Handlungsfähige zu unterziehen befugt ist.[3]) Bei Ehefrauen versteht sich jedoch von selbst die Beschränkung, daß sie dieses Geschäft nur mit Genehmigung ihres Ehemannes übernehmen dürfen.[4])

345. Aus der Auffassung der Testamentsexecution als eines bloßen Privatgeschäfts folgt von selbst die Unstatthaftigkeit eines rechtlichen Zwanges zur Uebernahme derselben. Dies wird auch von den gemeinrechtlichen Rechtslehrern allgemein anerkannt,[5]) wiewohl ein dem Testator in dieser Hinsicht gegebenes Versprechen meist für bindend gehalten,[6]) auch nach erfolgter Uebernahme ein willkürlicher Rücktritt nicht gestattet wird. Die Weigerung der Uebernahme macht jedenfalls den zum Testamentsvollzieher Ernannten des ihm nebenbei ausgesetzten Ver-

[1]) Dasselbe bestimmt der Großh. Hessische Entw. Art. 203, nachdem er im Art. 201 den allgemeinen Grundsatz aufgestellt: „Personen, welche unfähig sind, sich verbindlich zu machen, können nicht zu Vollziehern letzter Willen ernannt werden.“

[2]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. 15 nr. 19. Lauterbach l. c. cap. 6 nr. 3 sqq. Mühlenbruch a. a. O. S. 415. So wird in Siebenkees, Beyträgen zum teutschen Rechte III S. 10 Note 7 eines Testaments vom J. 1402 gedacht, worin der Testator sagt: Provisores eligo N. N. Attamen volo, quod uxor mea debet super omnes provisores meos esse capitanea principalis. Vergl. jedoch die oben (S. 215 Note 3) angeführten Partikularrechte.

[3]) Das oben Nr. 343 erwähnte Rescript vom 19. Mai 1804 erklärt Personen weiblichen Geschlechts für unfähig, zu Testaments-Executoren ernannt zu werden. Aber ohne allen haltbaren Grund. Die Bezugnahme auf § 32 Tit. 13 Th. I A. L.-R. ist ganz unpassend, da die Voraussetzung dieser Vorschrift, daß dem Bevollmächtigten „die zu Schließung gültiger Verträge erforderlichen Eigenschaften ermangeln,“ bei Frauenspersonen gar nicht zutrifft.

[4]) Der Code civ. art. 1029 spricht dies ausdrücklich aus. Die gleiche Bestimmung enthält auch der Großh. Hessische Entw. Art. 202.

[5]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 15 nr. 24. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 37. Lauterbach l. c. cap. 4 nr. 35 sqq. Hommel, Rhaps. II obs. 368. Beseler a. a. O. S. 182 f.

[6]) Vergl. dagegen Beseler a. a. O.

mächtnisses verlustig. Diese Grundsätze sind auch in deutschen Partikularrechten ausgesprochen.[1])

346. Wie die Ernennung von Testamentsvollziehern und die dabei zu treffende Maßgabe der freien Willkür des Testators anheimgestellt bleibt, so ist derselbe auch in der Zahl der Personen unbeschränkt. Er kann mehrere Testamentsvollzieher bestellen — und zwar sowohl neben als nach einander. Ueber das Rechtsverhältniß derselben, für den Fall, daß der natürlich hier zunächst entscheidende Wille des Testators hierüber nichts bestimmt hat, spricht sich Beseler a. a. O. S. 200 f. dahin aus:

Diese Frage ist vielfach erörtert worden und hat zu manchen Con-

---

[1]) Churf. Pfalz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 28 pr.: „... Derowegen sie eine oder mehr vertrawte glaubwürdige mannspersonen zu executorn, testamentarien oder vollstreckern ihrer letzten Willen verordnen und benennen. Welche auch diese, dem testirer bei seinen lebzeiten zugesagte dienst allerdings zu leisten schuldig. Wo sie es aber nicht zugesagt, stehet ihnen frey, solcher execution, nach deß testirers absterben, sich zu underziehen oder nit." § 1. „Darumb, so sich einer, oder alle, solches testamentarien ampts zu underfangen, auß besondern ursachen verweigern, soll der, oder die, darzu nicht getrungen werden, aber von demjenigen, das ihnen vom testirer deßhalb vermacht, auß solchem testament nichts zu gewarten haben, sonder den erben solches zufallen." Erneuert. gem. L.-R. des Hertz. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 27 § 1. „— Da aber einer auß Ursachen sich dieses Execution Ampts verweigerte, solle er dazu nicht getrungen, sondern dessen erlassen werden; jedoch mit verlust deßjenigen, so ihme von dem Testirenden deßhalben möchte verschafft oder vermacht worden seyn, welches denen im Testament ernannten Erben anfallen thut." Desgl. Erneuert. Frankf. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 11 § 2. L.-R. der Markgr. Baaden ꝛc. von 1710 Th. V Tit. 24 pr. L.-G.-O. des Stiffts Würtzburg und Hertz. zu Francken Th. III Tit. 51 § 2, 3. Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 17 nr. 3, 4.

Oesterr. bürg. G.-B. § 816. „Hat der Erblasser einen Vollzieher (Executor) seines letzten Willens ernannt; so hängt es von dessen Willkür ab, dieses Geschäft auf sich zu nehmen. Hat er es übernommen, so ist er schuldig, entweder als ein Machthaber die Anordnungen des Erblassers selbst zu vollziehen, oder den saumseligen Erben zur Vollziehung derselben zu betreiben."

Sächs. bürg. G.-B. § 2233. „Wer durch Vertrag mit dem Erblasser oder mit den Erben sich zur Vollziehung des letzten Willens verpflichtet hat, kann dieselbe nicht ablehnen." § 2234. „Wer in einem letzten Willen oder in einem Erbvertrage zum Vollzieher ernannt wird, ist zur Uebernahme des Geschäftes nicht verpflichtet." § 2235. „Ein Vollzieher darf in den Fällen des § 2233 und, falls er das ihm übertragene Amt angenommen hat, in den Fällen des § 2234 davon nur zurücktreten, wenn Gründe vorliegen, welche das Erbschaftsgericht erheblich findet."

troversen geführt; doch ist im Ganzen die Meinung als die richtige, weil dem positiven Recht und der Sache entsprechend, fast allgemein angenommen worden: daß die gemeinschaftlich bestellten Executoren, unter denen die Geschäfte nicht besonders vertheilt sind, dieselben möglichst in Gemeinschaft zu führen haben; daß aber, wenn der Eine verhindert ist, daran Theil zu nehmen und die Umstände einen Aufschub nicht füglich gestatten, der Andere auch allein gültig handeln kann. Diesen Grundsatz hat schon das canonische Recht aufgestellt;[1]) auch die Partikularrechte stimmen damit überein,[2]) und die gemeinrechtliche Theorie ist derselben Ansicht, wenngleich die älteren Juristen nach Analogie der gemeinschaftlich hinterlassenen Vermächtnisse allerlei wunderliche Distinctionen machten und namentlich aus der Wortfassung der Bestellung entscheiden wollten, ob ein Accrescenzrecht eintrete oder nicht.[3]) Das Richtige ist hier, daß der

[1]) cap. 2 § 1 in 6to de test. (3, 11): — Sane pluribus a testatore simpliciter executoribus deputatis, uno eorum mortuo vel in remotis agente, aut id exequi forte nolente, ne voluntatem testatoris impediri vel nimium differri contingat: poterit alius nisi testator aliud expresserit, officium injunctae libere adimplere.

[2]) Württemb. Landr. Th. III Tit. 27 § 3. „Und da der Executorn mehr dann einer, sollen sie diß und anders, so ihnen vom Testierer auferlegt, mit einhelligem Rath verrichten; Es were dann vom Testierer austrucklenlich versehen, oder einer durch Krankheit, oder unvermeidliches verraisen verhindert; Alsdann mögen die andern (einer oder mehr) deß Testierers gebührlich verordneten letzten Willen bevohlener massen verrichten." Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landr. Th. III Tit. 28 § 3. „Jedoch, wo der testirer vermeldt hette, was der testamentarien jeder besonders zu thun und zu verrichten, oder einer under den andern, ehehaften verhindernuß hette, alßdann sollen und mögen die, oder der ander, in der execution des letzten willens, ungeirret der andern abwesens, fortfahren." Frankf. Reform. Th. IV Tit. 11 § 6. „Und so ihre der Testamentarien mehr als einer weren, So soll keiner allein, und ohn der andern seiner Mittestamentarien Vorwissen, Willen und Zuthun, (Es were dann deren einer in Geschefften verreist) der Execution sich underziehen." (Schon Orth in seinen Anmerk. bemerkt hierzu, daß die Reise nur als Beispiel einer länger dauernden Verhinderung angeführt sei.) Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 19. „Wenn der Verstorbene mehrere Executoren zugleich benannt, und jedem nur einen gewissen Theil der Verlassenschaft zur Execution anvertraut hat, so soll auch 1mo jeder bey seinen ausgezeigten Antheile, und zwar in obbeschriebenem Maaße verbleiben. Ist aber 2do keine Abtheilung unter ihnen gemacht, so kann einer ohne den anderen nichts thun, ausgenommen, da sich einer der Coexecution völlig entschlägt, oder durch Krankheit, Abwesenheit und dergleichen Ursachen daran gehindert ist. 3tio Sind die Executoren in ihren Meinungen gespalten, so gehet es nach den mehreren Stimmen, oder wenn diese allenfalls gleich sind, nach richterlichem Ausspruche."

[3]) Lauterbach l. c. cap. 9 nr. 107 sqq. Struv, jurispr. for. lib. II tit. 29

bloße Specialexecutor allerdings mit den ihm nicht übertragenen Geschäften nichts zu thun hat, und daß, wenn von mehreren gemeinschaftlich bestellten Executoren einer wegfällt, für dessen Substitution nicht gesorgt worden, die übrigen nun fortfahren, ohne ihn zu fungiren . . . Besteht aber unter den mehreren Executoren eine Meinungsverschiedenheit, so wird die Majorität der Stimmen, insofern sie überhaupt eintreten kann, den Ausschlag geben; sonst wird der Ausspruch eines Schiedsrichters einzuholen sein, um die Differenz auf angemessene Weise zu lösen. Insofern aber die Executoren gemeinsam handeln, müssen sie auch für solidarisch verpflichtet gelten.[1])

Diese Grundsätze erkennt auch die neuere Gesetzgebung an. So bestimmt das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen:

§ 2236. „Sind mehrere Vollzieher eines letzten Willens ernannt und können oder wollen einer oder einige das Geschäft nicht übernehmen, oder treten von Mehreren, welche die Vollziehung des letzten Willens übernommen haben, einer oder einige zurück, so sind, in Ermangelung anderer Bestimmung, die übrigen zur alleinigen Uebernahme oder Fortführung des Geschäftes berechtigt.“ [2])

desgleichen der Code civil:

Art. 1033. „S'il y a plusieurs exécuteurs testamentaires qui aient accepté, un seul pourra agir au défaut des autres; et ils seront solidairement responsables du compte du mobilier qui leur a été confié,[3]) à moins que le testateur n'ait divisé leurs fonctions, et que chacun deux ne se soit renfermé dans celle qui lui était attribuée.“

---

§ 5. Dürr, de manufid. cap. 3 § 26. Günther, princ. jur. p. II § 803 i. f.

[1]) Vergl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 434 f.

[2]) Der Großh. Hessische Entw. enthält eine gleiche Vorschrift (Art. 207), zu welcher die Motive bemerken: Wenn der Erblasser mehrere Vollzieher seines letzten Willens ernannt hat, ohne den Kreis der Geschäfte der Einzelnen zu bestimmen, so darf vermuthet werden, daß er zu einem und demselben Geschäfte deswegen mehrere berufen habe, damit, wenn Einer oder Einige seinem Rufe nicht folgen wollen, oder von dem übernommenen Amte zurücktreten müssen, Andere vorhanden und bekannt seien, in welche er das besondere Vertrauen setzt, daß sie richtiger, als die Onerirten, den letzten Willen vollziehen werden. Zur Vollziehung eines letzten Willens genügt regelmäßig Eine Person, die Berufung mehrerer muß also noch einen besonderen Zweck haben, welcher nicht wohl ein anderer sein kann, als der eben angegebene.

[3]) Im Code civ. de Sardaigne ist noch hinzugefügt: „et des immeubles par eux administrés.“

Auch nach unserem Rechte werden jene in der Natur der Sache begründeten Sätze anzunehmen sein. Die im Tit. 13 §§ 201 f. über das Rechtsverhältniß mehrerer Bevollmächtigten gegebenen Vorschriften sind hier weder ausreichend, noch überhaupt anwendbar, da ja die Bestellung von Testamentsvollziehern gar nicht den Zweck hat, dem Erblasser für noch einzugehende Rechtsverhältnisse eine Vertretung zu schaffen, sondern einfach darauf berechnet ist, die Ausführung seines letzten Willens zu sichern.

347. Was nun den **Umfang** des dem Testamentsvollzieher zugewiesenen Wirkungskreises betrifft, so entscheidet hierüber der Wille des Testators. Die ganze Machtvollkommenheit des Ersteren hat ihren Grund und ihre Begränzung in der ihm vom Erblasser ertheilten Vollmacht.[1]) Mit Recht sagt **Beseler** (a. a. O. S. 189):

> Die Bestellung des Testamentsexecutors ist ein Theil der letztwilligen Verfügung, bei deren Interpretation es vor Allem darauf ankommt, die voluntas testatoris als die entscheidende Norm zu ermitteln und festzustellen. Insofern diese Absicht nun mit Beziehung auf das Rechtsverhältniß des Executors in bestimmten Worten ausgesprochen worden, bedarf es keiner weiteren Untersuchung; wenn das aber nicht der Fall ist, so muß man alle Momente in Betracht ziehen, aus denen der Wille des Testators zu entnehmen ist, insoweit dies mit juristischer Sicherheit geschehen kann. Ob man auf diesem Wege zu einem bestimmten Resultate und zu welchem man gelangt, das ist eine quaestio facti, deren Lösung von der Beschaffenheit des einzelnen Falls und von der richtigen Behandlung desselben abhängt.

---

[1]) **Mevii** com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 15 nr. 4 sq.: — Potestas executorum dependet ex testamento, cujus tenor ante omnia inspiciendus est, cum quaeritur, an, qualiter, quibus etc. **Hofacker**, Princ. jur. civ. § 1636. **Objectum** executionis legitima testatoris voluntas constituit —. **Beseler** a. a. O. S. 187: Je mehr in der neueren Jurisprudenz der Mandatsvertrag zum Princip der Lehre erhoben ward, desto entschiedener mußte sich die Meinung feststellen, daß dem Testamentsexecutor nur die Gewalt gebühre, welche der Testator ihm bestimmt übertragen habe...

Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 18. „Vor allem soll man sich 1mo an den von dem Verstorbenen selbst vorgeschriebenen Modum exequendi halten, und ohne Vorwissen der Obrigkeit und ohne einhellige Bewilligung sämmtlicher Interessenten nicht davon abgehen." —

Großh. Hessischer Entw. Art. 209. „Der Umfang der Rechte und Verpflichtungen des Vollziehers richtet sich nach dem, was der Erblasser innerhalb der Grenze seiner Befugnisse darüber in seinem letzten Willen bestimmt hat."

Vor Allem fragt es sich, ob der ernannte Executor zur Vollziehung des letzten Willens überhaupt, oder nur eines gewissen Theiles desselben, z. B. zur Anordnung und Leitung einer frommen Stiftung, berufen ist. „Im letzteren Falle hat er einen bestimmt abgegränzten Geschäftskreis, für welchen seine Thätigkeit in Anspruch genommen wird; in allen übrigen Beziehungen bleibt er der Vollziehung des Testaments fremd und beschränkt in keiner Weise die dem Erben nach der gesetzlichen Regel gebührende Gewalt." [1]) Liegt eine solche Beschränkung nicht vor, fehlt es aber andererseits an jeder näheren Bestimmung über den Umfang der von dem Testamentsvollstrecker auszuübenden Geschäftsthätigkeit, so macht sich der oben (Nr. 342) hervorgehobene Gesichtspunkt geltend, daß die Bestellung besonderer Testamentsexecutoren eine Beschränkung der Erbeinsetzung enthält. Es erscheint daher die Ansicht gerechtfertigt, daß eine solche Beschränkung im Zweifelsfalle möglichst strict, also in der dem Erben günstigsten Weise auszulegen sei, wofür nach unserem Recht schon die allgemeine Vorschrift des § 520 d. T. sich anführen läßt.[2])

Hierbei ist jedoch — wie Beseler S. 189 f. mit Recht bemerkt — immer im Auge zu halten, daß der Testamentsvollzieher seine Gewalt unmittelbar vom Erblasser ableitet, und daß sie ihm innerhalb der gesetzlichen Schranken in einem Umfange zustehen muß, wodurch es ihm möglich wird, das ihm übertragene Geschäft selbständig und mit vollem Erfolge zu Ende zu führen, daß man daher in zweifelhaften Fällen eher annehmen darf, der Testator habe der Person, die sein Vertrauen zur Vollziehung seines letzten Willens berufen, die weiteste Machtvollkommenheit eingeräumt, um in seinem Sinn mit Erfolg zu wirken, als daß man ängstlich darüber wacht, die Stellung, welche das römische Recht dem Erben einräumt, auch nach dieser Seite hin möglichst frei zu bewahren. Es ist hiernach in der auch ganz unbestimmt erfolgten

---

[1]) Beseler S. 191. Ueber die Unterscheidung zwischen Universal- und Particularexecutoren vergl. Lauterbach l. c. cap. 3 nr. 11 sqq.

Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 16. „— 5to Wird der Executor entweder zur Ausrichtung des ganzen letzten Willens, oder nur eines sonderbaren gewissen Geschäftes verordnet. Erstenfalls heißt er universalis, andernfalls particularis Executor."

[2]) Diese Ansicht wird auch in der gemeinrechtlichen Praxis ausgesprochen. Wernher, sel. obs. for. T. III P. III obs. 92. Quae potestas executoribus testamenti competat, ex verbis ejus potissimum est dijudicandum, in dubio illa ita explicanda, ne heres nimium oneretur.

Bestellung eines Testamentsexecutors der Wille des Erblassers zu finden:

> daß der Ernannte für die Aufrechthaltung und Verwirklichung des letzten Willens im Sinne des Testators Sorge trage.[1])

Dies ist auch in älteren wie neueren deutschen Partikularrechten ausgesprochen.[2])

Hier ist auch die Frage zu berühren:

> ob der Testamentsvollzieher unter Umständen für befugt zu erachten ist, von einer ausdrücklichen Anordnung des Erblassers abzugehen.

Die älteren gemeinrechtlichen Juristen bejahen dies meist, in Voraussetzung einer vom Testator nicht vorhergesehenen Veränderung der Umstände, so wie bei Hinzutritt der Genehmigung der Obrigkeit oder sämmtlicher Erbinteressenten.[3]) Ja Leyser behauptet sogar, daß schon

---

[1]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 15 nr. 6: Summa officii eorum in eo consistit, ut ultimam voluntatem tueantur, provideant curentque ne quid in testamento sine exitu et effectu sit, assistant eis, quibus ex testamento debetur, ut suum consequantur. Quare tutoribus exaequari solent.

[2]) Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 18. „— 2do Wenn von ihnen [den Testatoren] dießfalls nichts bestimmt ist, soll die Execution auf Art und Maaß, wie es der Verlassenschaft am besten und verträglichsten zu seyn befunden wird, getreulich vollbracht werden..." Bambergsches Landrecht von 1769 Th. I Anhang 1 Tit. 3 § 8. „Ein solcher von dem Testirer selbst ernannter Privat-Executor... ist befugt, alles und jedes, was der Vollzug bewanden Umständen nach erfordert zu verrichten..." (Vergl. Württemb. Landr. von 1610 Th. III Art. 27 § 1. „Welcher zu einem Executorn eines Testaments und letzten Willens verordnet, der soll ... angloben, deß Testirers letzten Willen in allen Christlichen, erbarn, billichen und Landsbräuchigen Sachen, so ihme auferlegt, trewlich und mit fleiß zu verrichten, ohne einigen Vortheil oder argen List." desgl. Churf. Pfalz bey Rhein Th. III Tit. 28 § 2.) Sächs. bürg. G.-B. § 2237. „Der Vollzieher hat für Aufrechthaltung und Ausführung des letzten Willens... zu sorgen —." Privatr. G.-B. für den K. Zürich § 2100. „Der Testamentsvollstrecker — ist berechtigt, alle Rechtshandlungen vorzunehmen..., welche erforderlich sind, um den letzten Willen des Erblassers zur Vollziehung zu bringen... Seine Befugnisse reichen aber nicht weiter als das Bedürfniß dieser Vollziehung es rechtfertigt." Großh. Hessischer Entw. Art. 210. „Der Vollzieher, über dessen Rechte und Verpflichtungen von dem Erblasser keine besondere Bestimmung getroffen worden ist, hat darüber zu wachen, daß der letzte Wille aufrecht erhalten und alle Bestimmungen desselben zur Ausführung gebracht werden."

[3]) Lauterbach l. c. cap. 9 nr. 90. J. H. Boehmer, cons. tom. III p. III

der übereinstimmende Wille der Interessenten genüge, um eine Abweichung von der testamentarischen Vorschrift zu rechtfertigen und dabei dem Executor kein Widerspruchsrecht zustehe.[1])

Dem letzteren Satze tritt unser Landrecht durch die Vorschrift des § 560 entgegen,[2]) ohne aber damit, wie Beseler (S. 197 Note 107) anzunehmen scheint, die oben aufgestellte Frage zu verneinen. Es kann in der That eine solche Veränderung der Verhältnisse eingetreten sein, daß die genaue Befolgung einer testamentarischen Anordnung geradezu dem vom Erblasser im Auge gehabten Zwecke entgegenliefe, daß also gerade die Berücksichtigung des erkennbaren Willens des Testators eine Abweichung von der gegebenen Vorschrift erheischt. Auf einen derartigen Fall läßt sich daher der § 560 nicht beziehen, und zwar um so weniger, als hier eine Verantwortlichkeit des Testamentsvollziehers gar nicht denkbar ist.

Die Verwaltung des Nachlasses gehört nicht nothwendig zu dem Geschäftskreise des Testamentsexecutors; die Uebertragung derselben setzt daher einen darauf gerichteten Willen des Testators voraus.[3])

Mit Recht sagt Bluntschli[4]):

> Es versteht sich nicht von selbst, daß dem Testamentsvollstrecker die Verwaltung der Erbschaft zukomme; wohl aber kann ihm auch diese vorläufig übertragen sein, oder die Vollziehung eine theilweise Verwaltung nöthig machen. Die Erben sind als die regelmäßigen Stellvertreter und Nachfolger des Erblassers zu betrachten, und es tritt daher ihr Recht überall von selbst ein, wo nicht das Bedürfniß

---

resp. 572. Leyser spec. 374 m. 10. So bestimmt auch das Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 18. „Vor Allem soll man sich 1mo an den von dem Verstorbenen selbst vorgeschriebenen Modum exequendi halten, und ohne Vorwissen der Obrigkeit und ohne einhellige Bewilligung sämmtlicher Interessenten nicht davon abgehen."

[1]) l. c. m. 11. Executor testamenti impedire nequit, quo minus heredes et ceteri, quorum interest, unanimi consensu ab ultima testatoris voluntate recedant.

[2]) Aehnlich ist die Bestimmung des Bambergschen Landr. von 1769 Th. I Anh. 1 Tit. 3 § 7. „Sollen die Erben und übrige Testaments-Interessenten selbst samt und sonders nicht Macht haben, sich ihme in seinen Verrichtungen zu widersetzen oder Hinderungen zu machen, und zwar bey Verlust dessen, was ihnen der Testator in seinen letzten Willen zugedacht hat."

[3]) Sächs. bürg. G.-B. § 2238. „Zur Verwaltung der Erbschaft ist der Vollzieher nur berechtigt, wenn ihm dieselbe aufgetragen worden."

[4]) Erläuterungen des privatrechtl. G.-B. für den K. Zürich IV S. 165.

der Testamentsvollziehung eine Beschränkung zu Gunsten der Testamentsvollstrecker fordert.[1])

Dies ist auch nach unserem Recht anzunehmen. Der § 558 in Verbindung mit § 562 setzt den Fall voraus, daß nach dem Inhalte der letztwilligen Verordnung dem ernannten Testamentsvollzieher zugleich die Nachlaßverwaltung ganz oder zum Theil anvertraut ist.[2]) Nur in einem solchen Falle nimmt der Testamentsvollzieher zugleich die Stellung eines Verwalters fremder Güter ein. Es kommt dann insbesondere seine Veräußerungsbefugniß in Frage.[3]) Hierüber bestimmen:

> die Frankf. Reformat. Th. IV. Tit. 11 § 5. „Wann auch die Notturfft erforderte, zu Entrichtung der Legaten etliche bewegliche oder unbewegliche Güter zu verkauffen: So sollen sie die Testamentarien, solchs allwegen mit Vorwissen und Bewilligung der Testaments-Erben thun." [4])

> das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 18. „— Dahingegen soll er sich 8vo nicht nur aller eigenmächtigen Veräußerungen, soweit solche zur Entrichtung der Legaten, oder sonst nicht unvermeiblich nothwendig, gänzlich enthalten, sondern auch 9no in anderen wichtigeren Dingen die Erbesinteressenten nicht übergehen —" [5])

---

[1]) Vergl. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 423 f.

[2]) Dasselbe gilt auch von der aus dem Hofrescript vom 25. Januar 1796 (Rabe Samml. III S. 248 f.) entnommenen Vorschrift des § 157 des Anhangs zum A. L.-R. (Th. II Tit. 18 § 421), worin gesagt ist:

> „Hat der Erblasser in Erbschaftsfällen, wo Pflegebefohlne mit andern Miterben concurriren, Testamentsexecutoren ernannt, und war er den pflegebefohlnen Miterben entweder keinen Pflichttheil schuldig, oder hinterläßt er ihnen mehr als denselben: so wird die Mitwirkung des vormundschaftlichen Gerichts bey Sicherstellung des ganzen Nachlasses und bey dessen Verwaltung nach dem Inhalte der Disposition, wodurch der Executor bestellt wird, bestimmt. Enthält diese Disposition keine in den Gesetzen erlaubte Ausdehnung, oder Einschränkung der Gewalt des Testamentsexecutors: so bedarf es keiner gerichtlichen Inventur, und die Ausmittelung, Constituirung und Verwaltung des Nachlasses gehört zu dem Amte und der Competenz des Executors. Das vormundschaftliche Gericht concurrirt bey Verlassenschaften dieser Art nicht unmittelbar, sondern nur durch den von ihm zu dirigirenden Vormund."

Vergl. auch Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 13 S. 376 f.

[3]) Vergl. Beseler a. a. O. S. 216 f.

[4]) Eine ähnliche Vorschrift enthält die Nürnberg. Reform. Tit. 22 Ges. 2 § 2.

[5]) Vergl. dazu v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 4. Aehnliche, durchaus zweck-

Keinenfalls ist der Testamentsvollstrecker, auch wenn er mit den ausgedehntesten Befugnissen ernannt sein sollte, beim Vorhandensein minderjähriger Erben, ermächtigt, Nachlaßgrundstücke ohne obervormundschaftliche Genehmigung zu veräußern.[1])

348. Eine mit der Testamentsvollziehung verbundene Verwaltung, die ja nach der Natur dieses Instituts immer nur an Stelle und für Rechnung der Erben — also über fremdes Gut — geführt wird,[2])

---

mäßige Bestimmungen enthält der Großh. Hessische Entwurf Art. 214 f. zu deren Rechtfertigung in den Motiven (S. 134) bemerkt wird:

„Der Erblasser kann, indem er dem Testamentsvollzieher die Verwaltung des Nachlasses überträgt, keinen anderen Zweck haben, als die gehörige Ausführung der letztwilligen Verfügungen zu befördern. Er entzieht die Mittel zu dieser Ausführung den Händen des Onerirten und legt sie in die Hände des Vollziehers, offenbar nur in der Absicht, durch diesen selbst, und nicht durch den Beschwerten, seine Verfügungen ausführen zu lassen. Der Vollzieher aber wird dadurch, daß ihn der Erblasser mit der Ausführung der Vermächtnisse und Auflagen, sey es durch Uebertragung der Verwaltung des Nachlasses, oder noch speciell und ausdrücklich beauftragt hat, nicht Herr des Geschäftes, welches er besorgt, er darf daher kein Vermächtniß und keine Auflage vollziehen, ohne daß der Beschwerte dazu einwilligt oder dessen Einwilligung durch das Gericht supplirt wird (Art. 214).

Wenn der Testamentsvollzieher Kraft der ihm von dem Erblasser gewordenen Ermächtigung die letzwilligen Anordnungen in Ausführung bringen soll, so muß er auch das Recht haben, sich die Mittel dazu aus dem Nachlasse zu verschaffen. Fehlt es an dem erforderlichen baaren Gelde, so muß er bewirken können, daß von den zum Nachlasse gehörenden Sachen so viele, als nöthig, verkauft werden. Reichen die beweglichen Sachen nicht hin, so darf er auch den Verkauf der unbeweglichen verlangen. Da er aber nicht Eigenthümer des Nachlasses ist, so kann er nicht selbst daraus verkaufen, der Verkauf kann nur von dem Eigenthümer, oder nur mit dessen Zustimmung, oder, wenn die Zustimmung widerrechtlich verweigert wird, auf gerichtliche Anordnung geschehen. Auch müssen, wenn unter den Beschwerten Minderjährige, Entmündigte oder Abwesende sind, die für die Veräußerung von Mündelgütern vorgeschriebenen Regeln beobachtet werden. Liefert der Beschwerte das zur Ausführung der Vermächtnisse und Auflagen erforderliche baare Geld, so muß auch die Veräußerung unterbleiben, da ihr Grund wegfällt. (Art. 215)."

[1]) Bescheid des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 20. Februar 1858 (Matthiä, Controversenlexicon Th. II Abth. 2 S. 182).

[2]) Die Auffassung des Testamentsvollziehers als eines Fiduciars ist dem neueren Rechte ganz fremd.

hat die Verbindlichkeit des Executors zur **Rechnungslegung** von selbst zur Folge.[1])

Nürnberg. Reformat. Tit. 22 Ges. 4 § 1. „Es sollen die Executorn der Testament oder ire Erben irer gepflogenen Handlung erbare, aufrechte und völlige Anzaigung und Rechnung thun.“ [2])

Frankfurt. Reformat. Th. IV Tit. 11 § 3. „Und ist ihr Ampt, daß sie . . . endlich über alles ihr Verrichten den Erben, und so derwegen sonst Interessirt seyn möchten, gebührliche Rechnung thun sollen.“

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 20. „Nach vollbrachter Execution legt 1mo der Executor den Interessenten nicht nur gebührende Rechnung hierum ab, sondern gibt auch 2do denselben das errichtete Inventarium, als den Grund seiner Rechenschaft in authentischer Form heraus —.“

Bamberg'sches Landr. von 1769 Th. I Anhang 1 Tit. 3 § 5. „Nach vollzohenen Testament hat Unser Geistlicher Rath von dem Executore die Rechnung innerhalb Jahr und Tags abzufordern, solche genau zu prüfen, und nach Richtigen Befund das Freisprechungs-Decret zu ertheilen.“

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2244. „Das gegenseitige Verhältniß zwischen den Erben und dem Vollzieher in Beziehung auf die Geschäftsführung ist . . . nach den Vorschriften der Geschäftsführung vermöge Auftrages zu beurtheilen.“ [3])

Privatr. Gesetzbuch für den K. Zürich § 2101. „Den Erben ist der Testamentsvollstrecker für seine Geschäftsführung verantwortlich —.“

Code civ. art. 1031. „Les executeurs testamentaires . . . devront, à l'expiration de l'année du décès du testateur, rendre compte de leur gestion.“

Ueber die Frage, ob die Rechnungslegung Seitens des Testators erlassen werden könne, enthält der Großh. Hessische Entwurf Art. 218 die Bestimmung:

„Der Erblasser kann den Vollzieher von der Verbindlichkeit zur Rechnungsablage nicht entbinden, auch den Zeitpunkt der Rechnungs-

[1]) Lauterbach l. c. cap. 9 nr. 162 sqq. Beseler, S. 219 f. Im canonischen Recht (Clem. un. de test. 3, 6) ist allen und jeden Testamentsvollziehern die Rechnungsablegung ausdrücklich zur Pflicht gemacht.

[2]) § 1312. „Der Beauftragte ist verpflichtet, über die Führung des ihm aufgetragenen Geschäftes die erforderlichen Aufklärungen zu geben und geeigneten Falles Rechnung abzulegen.“

Der Großh. Hessische Entw. bestimmt Art. 217: „Der Vollzieher hat, insoweit er den Nachlaß verwaltete, am Schlusse seiner Geschäftsführung den Betheiligten Rechnung abzulegen. Dauert die Verwaltung mehrere Jahre, so kann jährliche Rechnungsablage von ihm verlangt werden, wenn nicht hierüber der Erblasser ein Anderes bestimmt hat.“

[3]) Uebereinstimmend das Württemb. Landr. Th. III Tit. 27 § 5.

ablage nicht über fünf Jahre hinaussetzen. — Ist gegen den Vollzieher der Verdacht begründet, daß er durch die Art seiner Geschäftsführung das Interesse der Betheiligten verletze, so kann, jeder entgegenstehenden Bestimmung des Erblassers ungeachtet, sofortige Rechnungsablage von ihm gefordert werden."

Nach Preußischem Recht wird es kein Bedenken haben, in dieser Hinsicht die in Ansehung der Vormünder gegebenen ausführlichen Bestimmungen[1]) analog zur Anwendung zu bringen.

349. Mit der Pflicht zur Rechenschaftsablage steht die Vertretungsverbindlichkeit des Testamentsvollziehers im Zusammenhange. In dieser Hinsicht bietet das Mandatsverhältniß die passendste Analogie.[2])

Dieser Ansicht folgt auch das erneuerte Landrecht des Herzogthums Württemberg von 1610 Th. III Tit. 27 § 1,[3]) während das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 20 bestimmt:

„Nach vollbrachter Execution . . . ersetzt der Executor annebens

---

[1]) §§ 871—877 Tit. 18 Th. II.

[2]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 15 nr. 13: Tenentur tanquam procuratores defuncti, propter tacitam industriae assertionem, cujus gratia etiam eliguntur, non modo de dolo et lata culpa, sed et de levissima. Lauterbach l. c. cap. 9 nr. 156: — Sed an de levi et levissima quoque culpa conveniri possint, non usque adeo est expeditum... Sed affirmant alii propter maximam illorum cum Procuratoribus affinitatem, et quia, cum hoc officium acceptant et suscipiunt, diligentissimos se profiteri videntur. Griesinger, Com. über das Württemb. Landr. VI S. 621 f.: Wenn einer im Testamente von dem Erblasser zum Testamentsvollzieher verordnet wurde und nachher diese ihm übertragene Funktion annahm, so ist er als ein wahrer Mandatar anzusehen und muß als ein solcher sowohl nach gemeinem als Wirtembergischen Rechte für die culpa levissima haften, ohne alle Rücksicht, ob ihm im Testamente wegen der Testamentsexecution etwas vermacht wurde oder nicht. Beseler S. 205. Zu demselben Ergebniß führt die Ansicht, welche den Testamentsvollzieher in Betreff der Vertretungspflicht dem Vormunde gleichstellt. Carpzov, Opus decis. P. II dec. 159 nr. 19: Attamen post susceptum jam officium executoris et tutoris utriusque idem jus est, eademque conditio ratione administrationis, ut quod cum tutore recte agitur, etiam cum executore testamenti tuto gerere liceat.

[3]) S. oben S. 217 Note 1.

Griesinger a. a. O. S. 622 Note n bemerkt dazu:

Lauterbach cap. 9 nr. 156 will zwar aus den Worten unseres § 1 „mit Fleiße verrichten" beweisen, daß wenigstens nach dem Wirtemb. Rechte der Testamentsvollzieher immer nur für culpa levis zu haften

3tio allen Schaden, welchen er durch geflissenen Saumsal oder sonst Dolo vel Culpa lata an der Verlassenschaft verursacht hat —."

Das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen[1]) erklärt den Testamentsvollzieher gleich dem Mandatar auch für geringe Fahrläßigkeit verantwortlich.

Unser Landrecht verweist im § 558 auf die Grundsätze über die im Tit. 14 Abschn. 2 als ein besonderes Rechtsverhältniß abgehandelte „Verwaltung fremder Sachen und Güter," woselbst der Grundsatz an die Spitze gestellt ist:

§ 109. „Der Verwalter fremder Güter ist, soweit es dabei auf deren Erhaltung und Aufbewahrung ankommt, nach den Grundsätzen des vorigen Abschnittes (vom Verwahrungsvertrage) zu beurtheilen; so weit aber von ihm fremde Geschäfte besorgt werden, als ein Bevollmächtigter anzusehen."

Es ist darnach der Grad der zu vertretenden Schuld nach der Beschaffenheit der pflichtwidrigen Handlung oder Unterlassung, jenachdem diese unter die eine oder die andere Kategorie fällt oder im gedachten Abschnitte besondere Vorschriften darüber gegeben sind, zu beurtheilen.

Was aber die Frage betrifft, wem der Testamentsvollzieher verhaftet ist, so muß sie, wie Beseler S. 205 f. bemerkt, allgemein dahin beantwortet werden, „daß jeder, welcher bei der Erbschaft betheiligt ist und durch die Arglist oder die nicht entschuldbare Fahrläßigkeit des Executors in Schaden gekommen, auch von ihm die Schadloshaltung verlangen kann. Also die Erben, Vermächtnißnehmer, unter Umständen auch die Gläubiger und Schuldner des Erblassers und überhaupt jeder, der in seinen Vermögensverhältnissen durch die Geschäftsführung des Executors berührt wird."

350. Aus der rechtlichen Stellung des verwaltenden Testamentsvollziehers als eines Verwalters fremder Güter folgt zugleich die Anwendbarkeit der §§ 121, 122 Tit. 14:

„Der Verwalter ist seine Geschäfte einem Anderen eigenmächtig zu übertragen nicht befugt."

„Dagegen kann er sich bei Ausrichtung einzelner Geschäfte fremder Hülfe bedienen."

---

habe; allein auch im Th. II Tit. 4 § 2 des L.-R. heißt es von dem Mandatar, daß er sein Mandat „fleißig" vollziehen müsse und demungeachtet ist dies so zu verstehen, daß er für culpa levissima zu haften habe.

[1]) § 2244 (s. oben S. 226) in Verbindung mit § 1302 und 729.

Dies stimmt auch mit dem gemeinem Rechte überein[1]) und ist auch in mehreren Partikularrechten ausgesprochen.[2])

351. Was die Entschädigung und Belohnung des Testamentsvollziehers betrifft, so ist soviel gewiß, daß derselbe durch die Besorgung der ihm übertragenen Geschäfte nicht in Schaden gebracht werden soll, daß er daher alle Kosten und Auslagen aus dem Nachlasse als eine Erbschaftsschuld ersetzt verlangen kann, welche ihm direct oder indirect durch seine Function erwachsen sind.[3]) Dies ist auch in mehreren Partikularrechten bestimmt.[4]) Dagegen kommt ihm an sich, ohne ausdrückliche Anordnung des Testators eine Belohnung für die auf Freundschaft und Vertrauen beruhende Geschäftsübertragung nicht zu, so angemessen es auch erscheint und so gewöhnlich es auch vorkommt, das Interesse des Executors an die Uebernahme und gehörige Besor-

---

[1]) Mevius l. c.: Et cum electa sit eorum industria, non poterunt aliis officium et munus suum committere; etsi vel ipse testator substituendi potestatem dedisset. Mühlenbruch a. a. O. S. 436, 437.

[2]) Churf. Pfalz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 28 § 2. „Der oder diejenigen aber, so solch execution und testamentarien ampt auf und an sich nemmen, oder darein bewilligen, sollen solch ihr ampt andern ungeschickten nit befehlen, sondern selbsten verrichten..." Baier. L.-R. Th. III Tit. 2 § 18. „— Einen anderen statt seiner zu substituiren, ist er 13tio ohne erhebliche Ursache und obrigkeitliche Begnehmigung nicht befugt —."

[3]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 38 i. f.: — Absque dubio vero executor testamentarius expensas, si quas fecerit, ex bonis hereditariis repetere valet.

Mevius l. c. nr. 20: — salarium executoribus non debetur, nisi... Judex ex certa causa et aequitate, veluti ob itinerum vel molestiarum merita vel ob neglecta ab executore propria commoda et negotia constituat. Beseler S. 203 f. Dies gilt auch in dem Falle, wenn dem Testamentsvollzieher ein Vermächtniß beschieden ist. Griesinger, Com. über das Württemb. Landr. VI S. 629. Vergl. auch Wernher, sel. obs. for. T. III P. II obs. 270. Tutori expensae, in rem pupilli factae, refundendae sunt, etsi honorarium ex pacto aut consuetudine acceperit.

[4]) Württemb. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 27 § 5 a. E. „— Dargegen ihnen auch alle billiche Kosten, von dennselben bises ihres Ampts halben auffgewendt, entrichtet, und sie damit ihres Ampts gäntzlich und in allweg entladen werden." Baier. L.-R. Th. III Kap. 2 § 20. „—Dargegen wird er 4to von gedachten Interessenten — um alle von Executions wegen erlittenen Schäden und aufgewendeten Kosten, soviel deren immer erweislich und passirlich sind, indemnisirt —." Code civ. art. 1034. „Les frais faits par l'executeur testamentaire pour l'apposition des scellés, l'inventaire, le compte et les autres frais relatifs à ses fonctions, seront à la charge de la succession."

gung der ihm anvertrauten, oft lästigen Geschäftsführung durch ein entsprechendes Honorar zu knüpfen.[1])

Mehrere Partikularrechte billigen jedoch unter Umständen dem Vollzieher ein solches von dem Testator nicht bestimmtes Honorar zu.

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 2 § 20. „— es gebührt ihm auch 5to die von dem Verstorbenen selbst bestimmte, oder da nichts bestimmt ist, eine proportionirliche Ergötzlichkeit für seine gehabte Mühewaltung —.“ [2])

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2245. „Hat der Erblasser dem Vollzieher des letzten Willens keine Vergütung für seine Bemühungen ausgesetzt, so kann dieser eine solche nur unter den im § 820[3]) angegebenen Voraussetzungen fordern.“ [4])

Der letztere Satz ist auch nach unserem Recht, in analoger Anwendung der §§ 74, 75 Tit. 13, anzunehmen.

---

[1]) Beseler a. a. O.

Vergl. Carpzov l. c.: — executor testamenti salarium petere nequit, non magis ac tutor pupillo datus. Nam utriusque officium gratuitum est, ex sola amicitia et pietate proficiscitur: adeoque etiam absque omni spe praemii exercendum. Mevius l. c. nr. 20 sqq.: Gratuitum hoc officium est, et absque omni spe praemii exercendum, non secus atque Tutorum et Procuratorum. Idcirco salarium executoribus non debetur, nec ab iis exigi vel retineri potest, nisi illud in testamento relictum sit, uti saepius fieri solet et expedit, quo eo lubentius et diligentius officio invigilent —.

[2]) v. Kreittmayr fügt hinzu: „— nicht zwar jure communi, quia est officium mere gratuitum, wohl aber jure Bavarico et hodierno fere communi propter aequitatem.

So sagt auch Werner, sel. obs. for. T. III P. III obs. 92 nr. 13: — executores tamen pro suo labore plerumque aliquid accipiunt, neque illud munus gratuitum esse solet.

Auch Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 447 f. hält die Obrigkeit für ermächtigt, dem Executor, wenn das Vermögen nicht unbedeutend, das Geschäft aber beschwerlich ist, ein Salair auszusetzen. S. dagegen v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) II S. 816.

[3]) „Ein Vertrag über die Leistung von Sachen oder Diensten, durch welchen eine Vergütung nicht ausdrücklich verabredet wurde, ist, wenn sich aus den Umständen ergiebt, daß die Leistung nur gegen eine Vergütung erwartet werden konnte, als auf eine Vergütung gerichtet anzusehen, welche auf das billige Ermessen des Fordernden gestellt ist.“

[4]) Der Großh. Hessische Entw. Art. 220 enthält die Vorschrift: „Hat der Erblasser über die Belohnung keine Bestimmung getroffen, so kann nur von dem verwaltenden Vollzieher eine mäßige Belohnung in Anspruch genommen werden.“

352. Ueber die rechtliche Stellung des Testamentsvollziehers, den Erbschaftsgläubigern und Legatarien, so wie den Erbschaftsschuldnern und andern dritten Personen gegenüber, ist Folgendes zu bemerken:

a. Auch in dieser Hinsicht ist leitendes Prinzip der schon oben hervorgehobene Grundsatz, daß der Testamentsexecutor den letzten Willen, so weit ihm dessen Vollziehung vom Erblasser anvertraut ist, an Stelle und für Rechnung des Erben, der an sich dazu berufen sein würde, in Ausführung zu bringen hat. Er ist daher, sofern der Testator seiner Geschäftsthätigkeit nicht engere Gränzen gezogen hat, befugt und verpflichtet, sich in den Besitz des Nachlasses zu setzen, ein vorschriftsmäßiges Inventar darüber aufzunehmen und dafür zu sorgen, daß durch die Erbschaftsmittel die Anordnungen des Testators in Vollzug gesetzt werden.[1])

---

[1]) Vergl. Beseler S. 211 f. und die von ihm angeführten Schriftsteller.

Nürnberger Reform. Tit. 22 Ges. 1 § 4. „— Die Executores sollen, so die Erben oder Inhaber der Güter verdechtig, oder sonst andere bewegliche ursachen vorhanden, die güter in ir verwarung und zu iren handen nemen." § 5. „Darauf sollen die Executores und außrichter, sovern es der Testirer mit nemlichen Worten nit verpoten, ainen Inventarium und Beschreibung der güter fürderlich fürnemen, auf maß, wie hiernach under den Titeln, die Inventarien und Vormundschafft belangend, geordnet ist." Frankf. Reformat. Th. IV Tit. 11 § 3. „Und ist ihr Ampt, daß sie deß Testirers Verlassenschafft fürderlich zusammen bringen, rechtmäßiger weiß Inventiren lassen, fleißig verwahren, auch innerhalb hernach bestimpter Zeit, den Testaments Erben, Legatarien, und andern, denen dieselbig verschafft — trewlich außtheilen und außrichten —." Württemb. L.-R. Th. III Tit. 27 § 2. „Ferners sollen die Executores ohneingestellt ... alle Verlassenschafft, liegend und fahrend, aygentlich lassen inventiren und auffschreiben —." Churf. Pfalz bey Rhein erneuert. L.-R. Th. III Tit. 28 § 4. „Es sollen aber die testamentarien zuforderst ... ein Inventarium aufrichten — auch innerhalb dreyer monaten nach desselben verfertigung den eingesetzten erben, legatarien, und allen andern, denen etwas in solchem testament geordnet, fürderlich entrichten und vollnziehen —." Ausführlichere Bestimmungen enthält das Baier. L.-R. Th. III Kap. 2 §§ 17, 18, desgleichen das Bambergsche L.-R. Th. I Anh. 1 Tit. 3 §§ 8 ff. — Das Sächs. bürg. G.-B. bestimmt nur § 2237. „Der Vollzieher hat für die Aufrechthaltung und Ausführung des letzten Willens, für Ausfertigung eines Nachlaßverzeichnisses und für Sicherung der Erbschaft zu sorgen; er kann auf Erfüllung der Verfügungen klagen, bei welchen es sich blos um das persönliche Interesse des Erblassers handelt." Das privatr. G.-B. für den K. Zürich § 2101 bestimmt: „— die Begabten sind berechtigt, von ihm [dem Testamentsvollstrecker] die Ausrichtung der Vermächtnisse zu fordern." Bluntschli in seinen Erläut. bemerkt dazu: — „ungeachtet nicht er, sondern die Erben mit den Vermächtnissen belastet sind. Er hat die Verlassenschaft zu vertreten, insofern diese durch den letzten Willen verfügt ist. Er wird daher nicht per-

b. Von besonderer Wichtigkeit ist hierbei die Frage nach der Legitimation des Testamentsvollziehers zur Prozeßführung in Erbschaftsangelegenheiten. Vermöge der bereits oben erörterten rechtlichen Stellung desselben kann von einer durch ihn auszuübenden Repräsentation des Erblassers nicht die Rede sein,[1]) sondern nur von einer prozessualischen Vertretung des alleinigen Repräsentanten — des Erben, also nur von der s. g. legitimatio ad processum. In dieser Hinsicht kommt aber Alles auf den bereits oben zu Nr. 347 besprochenen Umfang der dem Testamentsvollzieher von dem Erblasser ertheilten Vollmacht, also darauf an:

> ob diese Vollmacht von der Art ist, daß sie auch die Ermächtigung zur Prozeßführung in sich schließt.[2])

---

sönlich zur Bezahlung verurtheilt und haftet nicht mit seinem eigenen Vermögen dafür, sondern als Vertreter der Verlassenschaft."

[1]) Das Sächs. bürg. G.-B. spricht dies ausdrücklich aus, indem der § 2240 bestimmt: „Der Vollzieher eines letzten Willens ist zur Vertretung der Erbschaft weder berechtigt, noch verpflichtet." Es ist daher der auf die Annahme einer formellen Repräsentation gestützten Ausführung Beseler's (S. 218 f.) zu widersprechen, daß der Testamentsexecutor für die im Interesse der Erbschaft zu führenden Prozesse activ und passiv legitimirt sei, daß er insbesondere auch in Betreff der von den Erbschaftsgläubigern anzustellenden Klagen als der rechte Beklagte erscheine, wie auch Mühlenbruch (S. 421 f.), namentlich im Verhältniß zu den Legataren, annimmt.

[2]) Claproth, Abhandl. von Testamenten § 110 S. 440: Die Gewalt des Executors ist keine andere, als welche die Vorschrift des Erblassers entweder ganz allgemein, oder besonders bestimmet. Alsdann kann er Klagen anstellen und beantworten, wenn selbige — die Befolgung des Testaments betreffen; denn so sind sie das Mittel zum Endzweck, welches daher unter dem Auftrage mit enthalten ist. Diese Regul ist der Sache angemessen, und man wird sie besser gebrauchen können, als den Wust von Meinungen, mit welchen sich Lauterbach in der angeführten Dissertation c. 9 n. 25 herum ziehet. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 18 Nr. 3: Nicht nur die schon von dem Verstorbenen active vel passive angefangene Process führt der Executor der Nothdurft nach einsweilen fort, sondern kann auch erst nach dem Tod des Testatoris einen neuen Process anfangen, so weit es zur Ergänz- Erhalt- oder Vermehrung der ihm committirten Verlassenschaft vonnöthen ist, z. E. gegen die Debitores haereditarios, welche sich in Güte nicht zur Zahlung bequemen, oder andere, welche die zur Erbschaft gehörigen Stück ungerechter Weis innhaben, und solche nicht gutwillig herausgeben wollen, wozu er auch keiner Vollmacht oder Cession von jemand bedarf, sondern das Officium executoris legitimirt ihn schon genugsam hierzu und gehen die nöthige Stritts-Köften nicht auf seinen selbst eigenen Beutl, sondern à Conto des Erben, den der Stritt eigentlich betrift.

Dieser Gesichtspunkt wird auch von der Praxis als richtig anerkannt.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 1. März 1849: Darüber, daß ein Erblasser in seinem letzten Willen einen Testamentsvollstrecker ernennen könne und daß die Erben, wenn sie das Testament anerkennen, sich den von dem Erblasser auch in dieser Beziehung getroffenen Anordnungen zu fügen haben, ist weder nach gemeinem, noch nach sächsischem Rechte ein Zweifel zu erheben. Man kann auch zugeben, daß es, selbst wenn das Testament davon speciell nichts enthält, in den allgemeinen Pflichten des Testamentsexecutors liege, für Einbringung der zum Nachlasse gehörigen Ausstände „Sorge zu tragen," wie sich Curtius im Texte des Handb. des Civ.-Rechtes § 827 ausdrückt. Nur folgt daraus nicht, daß der Testamentsvollstrecker, als solcher, den Schuldnern des Erblassers gegenüber, zur Klageanstellung in seinem Namen legitimirt sey, zumal dann nicht, wenn ihm nicht der Testator ausdrücklich die Verwaltung des Nachlasses übertragen hat. Der Vollstrecker eines Testamentes stehet dem Vertreter einer Verlassenschaft, zu welcher noch kein Erbe vorhanden ist, nicht gleich.

(Seuffert, III Nr. 174.)

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom April 1852: Bei Beurtheilung der Frage über den Umfang der Befugnisse und Verbindlichkeiten eines Testamentsexecutors ist vor allen Dingen auf dasjenige Rücksicht zu nehmen, was in dieser Beziehung der Testator selbst im Testamente angeordnet hat. Denn es hängt von der Willkür des Testators ab, wie weit er den an den von ihm ernannten Testamentsvollzieher gerichteten Auftrag erstrecken will. Der letztere ist daran gebunden, sobald er den Auftrag angenommen hat, und gleiches ist der Fall rücksichtlich der ernannten Erben, wenn sie das Testament anerkennen, bezüglich in Gemäßheit desselben die Erbschaft antreten. In der Verpflichtung der Erben, den dem Testamentsexecutor vom Testirer ertheilten Auftrag in seinem vollen Umfange gelten zu lassen, liegt aber auch zugleich der Grund, weßhalb dritten Personen kein Einwand gegen die dem Testamentsvollzieher beigelegten Befugnisse zusteht, da es denselben gleichgültig seyn kann, ob sie mit den Erben wegen der den Nachlaß tangirenden Angelegenheiten unmittelbar verhandeln, oder es mit einem Dritten zu thun haben, welchen die Erben als Repräsentanten ihrer Rechte und Verpflichtungen innerhalb des vom Testirer demselben ertheilten Auftrags anerkennen müssen. Hat mithin der Testator den von ihm ernannten Testamentsvollzieher ausdrücklich mit der Verwaltung des Nachlasses beauftragt, so werden demselben alle die Befugnisse und Verbindlichkeiten, welche ein Verwalter fremden Vermögens hat, zukommen, wenn schon an sich die Function eines Testamentsexecutors auf die eigentliche Nachlaßverwaltung sich regelmäßig nicht erstreckt. Insbesondere wird aber auch der Testamentsvollzieher zur Einklagung von Activen des Nachlasses berechtigt erscheinen, dafern der Testirer ihn speciell dazu beauftragt hat, selbst wenn in anderer Beziehung die Verwaltung des Nachlasses ihm nicht oder nicht ausschließlich übertragen wäre.

Der Einwand, daß die Nachlaßschuldner dadurch in eine schlimmere Lage versetzt würden, als wenn die Erben selbst gegen sie klagend aufträten,

indem sie gegen letztere in der Wahl der Beweismittel etwaiger Ausflüchte nicht beschränkt seyen, wohl aber dieß dem Testamentsexecutor gegenüber insofern angenommen werden müsse, als gegen diesen wegen seiner Eigenschaft als Mandatar des Erblassers der Eidesantrag ausgeschlossen erscheine, da Eide nicht von Bevollmächtigten, sondern von den Parteien selbst zu leisten seyen, kann mit Grund nicht entgegengestellt werden. Denn da, wie bereits bemerkt, die Erben durch die Anerkennung des Testaments — welche überhaupt die Vorbedingung ist, unter welcher die Ernennung eines Testamentsexecutors rechtliche Folgen haben und zur Ausführung gelangen kann — an den dem Testamentsvollzieher ertheilten Auftrag gebunden sind, so stellt sich derselbe insoweit auch als ihr eigener Mandatar und Stellvertreter dar, und es folgt hieraus, daß bei entstehenden Processen gegen Erbschaftsschuldner das eigentliche dominium litis nicht dem executor testamenti, sondern den Erben selbst zusteht, daher der verklagte Schuldner, insofern er sich zum Beweise von Ausflüchten des Eidesantrags als Beweismittels bedienen will, dieß zu thun keineswegs behindert, der Eid vielmehr als den Erben angetragen zu betrachten ist und vorkommenden Falles von diesen zu leisten seyn wird.

(Ebendas. VI Nr. 226.)

Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 11. Juni 1853: Die Befugniß des Testamentsvollziehers, erbschaftliche Aktivposten einzuklagen, ist weder in der rechtlichen Stellung desselben an sich enthalten, noch im vorliegenden Falle aus dem Zwecke der Ernennung hervorgehend nachgewiesen.

(Matthiä, Controv.-Lexicon Th. II Abth. 2 S. 188.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 1. Mai 1861: Der als Testamentsexecutor auftretende Kläger würde in dieser Eigenschaft nur dann für legitimirt zu halten sein, die ipso jure getheilt auf die Erben übergegangenen Erbschaftsforderungen zu realisiren, wenn demselben eine derartige Befugniß im Testamente beigelegt wäre.

(Seuffert, Archiv XV Nr. 34.)

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 27. November 1863: Der Appellationsrichter führt aus:

> die Erben erwürben das Eigenthum der ihnen, auch im Falle der Ernennung eines Testaments-Exekutors mit dem Tode des Erblassers angefallenen Erbschaft nebst allen Rechten und Pflichten ohne weitere Besitzergreifung, und ständen als Onerirte den Legatarien als Honorirten gegenüber. Der Testaments-Exekutor sei nur als Bevollmächtigter anzusehen; die ihm im Testamente ertheilten Befugnisse, möchten sie auch noch so ausgedehnt sein, seien doch immer nur formeller Natur und setzten ihn niemals an die Stelle der Erben selbst, sondern er vertrete dieselben nur, übe aber in seiner diesfälligen Funktion nicht selbstständig eigene, sondern immer nur, wie jeder Bevollmächtigte, fremde Rechte aus. Der klagende Legatar könne sich deshalb nur an den Erben halten, stehe aber mit dem Verklagten als Testaments-Exekutor in gar keiner Beziehung und

> müsse daher mit der gegen diesen auf Auszahlung des Legats gerichteten Klage abgewiesen werden.

In dieser Argumentation kann ein Verkennen der Eigenschaft des Testaments-Exekutors als Bevollmächtigten des Erblassers nicht gefunden werden. Der Appellationsrichter läßt dahingestellt, als wessen Bevollmächtigter der Testaments-Exekutor zu betrachten sei, und erachtet ihn nur insofern, als er nicht selbständig eigene, sondern nur fremde Rechte ausübe, für einen Vertreter der Erben. Er gibt damit nur seine Ansicht dahin zu erkennen, daß der Testaments-Exekutor, wenn er auch ein vom Erblasser bestellter Bevollmächtigter sein möge, doch auch die Erben insofern vertrete, als er den diesen eigenthümlich gehörenden Nachlaß im Interesse oder im Namen der Erben statt ihrer und in diesem Sinne für sie verwalte. Diese Annahme steht mit dem § 557 Tit. 12 Th. I A. L. R. durchaus im Einklange . . . Die Rechte und Pflichten des Testaments-Exekutors als Verwalter sind dieselben wie die eines andern Verwalters fremden Eigenthums. Der allgemeine Auftrag der Verwaltung ist aber zu gerichtlichen Klagen und deren Beantwortung in der Regel nicht hinreichend . . . Der Testaments-Exekutor erscheint nur innerhalb der Gränzen der ihm vom Erblasser ertheilten Vollmacht zu solcher Vertretung des Nachlasses ebenso befugt als verpflichtet, woraus sich ergibt, daß es im einzelnen Falle darauf, wieweit diese Gränzen der ertheilten Vollmacht nach Inhalt des betreffenden Testaments gehen, wesentlich ankommt . . . Dagegen geht der vom Appellationsrichter ausgesprochene Satz:

> Der Kläger — Cessionar eines Legatars — könne sich deshalb, weil der Testaments-Exekutor nur als Bevollmächtigter anzusehen sei und die ihm im Testamente ertheilten Befugnisse auch bei der weitesten Ausdehnung ihn niemals an die Stelle der Erben setze,

offenbar zu weit und ist in dieser Allgemeinheit rechtsgrundsätzlich falsch. Allerdings hat nach den §§ 557, 558 a. a. O. nicht schon jeder Testaments-Exekutor das Recht, den Nachlaß an Stelle der Erben Dritten gegenüber activ und passiv zu vertreten, dagegen ist aus diesen gesetzlichen Bestimmungen ebensowenig zu entnehmen, daß ein Erblasser in seinem Testamente dem ernannten Vollstrecker desselben nicht so ausgedehnte Befugnisse ertheilen könnte, daß dieser dadurch ermächtigt würde, an Stelle der Erben den Nachlaß gegen Ansprüche von Gläubigern und Legatarien zu vertreten und dieselben daraus zu befriedigen. Vielmehr ist anzunehmen, daß ein Erblasser dem Exekutor seines Testaments, als seinem Bevollmächtigten, allerdings so umfassende Rechte übertragen könne, welche einerseits seine Erben in ihrer Befugniß über den Nachlaß zu disponiren und denselben gegen Ansprüche Dritter zu vertheidigen, beschränken und andererseits diese Dritten in eine Beziehung zu dem Testaments-Exekutor und in die Lage versetzen, wegen ihrer Ansprüche an den Nachlaß sich nicht an die Erben, sondern an den Testaments-Exekutor zu halten. Es kommt daher allerdings im einzelnen Falle bei der Frage, ob ein Testaments-Exekutor den Nachlaß passiv allein vertreten könne, auf den Inhalt der letztwilligen Verordnung an, in welcher ihm deren Vollstreckung übertragen ist; § 557. Tit. 12. — §§ 85. 98. 118. Tit. 13. Th. I. des A. L. R.

Dies hat der Appellations-Richter verkannt und die gegen seine Entscheidung angebrachte, auf die Verletzung des § 557 a. a. O. gestützte Nichtigkeitsbeschwerde erscheint sonach begründet. (In der Sache selbst hat der höchste Gerichtshof die Entscheidung des Appellationsrichters aufrecht erhalten, indem ausgeführt ist, daß in dem vorliegenden Testamente die Ermächtigung zur Einlassung auf Klagen, welche Legatarien oder andere Verlassenschaftsgläubiger gegen die Substanz des Nachlasses anstellen möchten, nicht zu finden sei.) (Preuß. Anwalts-Ztg. 1863, S. 86—88.)

c. Streitigkeiten unter den Erben selbst, sie mögen das Erbrecht, oder den Umfang desselben oder die Erbtheilung betreffen, berühren den Testamentsvollzieher gar nicht. Er hat sich daher jeder Theilnahme daran zu enthalten.[1])

Noch weniger ist der Testamentsvollzieher als solcher in irgend einer Beziehung mit schiedsrichterlicher Gewalt bekleidet,[2]) wiewohl natürlich

---

[1]) v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 18 Nr. 3: — Die Streitigkeiten, welche etwan die Erbs-Interessenten, Legatarii oder auch Creditores haereditarii circa prioritatem vel jura potiora in concursu gegen einander haben, gehen ihn nichts an und hat er sich also nicht einmal interveniendo, vielweniger cognoscendo vel decidendo hierin einzumischen, indeme er obverstandenermaßen keine Jurisdiction hat, folglich dergleichen Dinge lediglich judici ordinario überlassen muß.

Mühlenbruch a. a. O. S. 418.

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 25. Januar 1856: Die Streitigkeiten der Miterben wegen der Höhe ihrer Erbantheile können nur unter ihnen selbst entschieden werden; die Vertretung des einen Theils derselben durch den Testamentsexecutor findet gesetzlich nicht statt. (Striethorst, Archiv B. 21 S. 4 f.) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 23. Juni 1856: Der vom Erblasser dem Vollstrecker seines Testaments ertheilte Auftrag: „die Theilung des Nachlasses unter die Erben zu leiten," verleiht demselben nur diejenigen formellen Befugnisse, die in dem Begriffe der Leitung eines Geschäfts enthalten sind, nicht aber die Machtvollkommenheit, die Höhe der Erbtheile der einzelnen Erben mit verbindlicher Kraft für die Letzteren festzustellen. Daher steht das zwischen dem Testamentsvollstrecker und einem einzelnen Miterben in Betreff der Höhe des Erbtheils des Letzteren ergangene Judicat den übrigen, dabei nicht zugezogenen Erben nicht entgegen. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 33 S. 39 f.)

[2]) Leyser spec. 374 m. 5, 6. Executor testamenti jurisdictionem non habet. — Igitur legatum, de quo duo certant neutri exsolvere, sed legitimam litis decisionem expectare debet. — Mühlenbruch a. a. O. S. 419 f. Baier. L.-R. Th. III Kap. 2 § 18. „— Der Executor soll auch — 9no in anderen wichtigeren Dingen die Erbs-Interessenten nicht übergehen; immassen, wenn sich 10mo eine Zwietracht hierüber ergiebt, die Obrigkeit — den Ausschlag ex aequo et bono zu geben hat, indem der Executor selbst als Executor

nichts entgegensteht, daß der Erblasser ihm ausdrücklich ein solches Schiedsrichteramt übertrage.[1])

Eine nicht zu rechtfertigende Ausnahme von diesen Grundsätzen macht der § 561, wonach bei einem Streite zwischen dem Testamentsvollzieher und dem Erben über die Auslegung des Testamentes die Meinung des Ersteren den Ausschlag geben soll. Hiermit ist eine den Erben bindende (also durch Anrufung des Richters nicht zu beseitigende) Entscheidung in die Hand des Executors gelegt und in diesem Sinne der Satz auch von den älteren gemeinrechtlichen Juristen aufgestellt worden[2]) — eine Ansicht, die jedoch die neuere Jurisprudenz mit Recht aufgegeben hat.[3])

---

keine Jurisdiction gaudirt." Bambergsches Landr. von 1769 Th. I Anh. 1 Tit. 3 § 8. „Ein solcher, vom Testirer selbst ernannter Privat-Executor... kan sich aber in jene Dinge, wozu das Obrigkeitliche Ansehen, oder bey denen zwischen denen Erben unter sich, oder mit dem Dritten der Erbschaft halber entstehenden Streitigkeiten die Richterliche Erkanntnuß und Zwang vonnöthen ist, nicht einmischen, sondern solle eines mit dem andern dem Vogtey-Herrn des Sterb-Haußes überlassen."

[1]) Das Bambergsche Landr. scheint auch dies nicht zuzulassen, da der § 9 (im Anschluß an den in der vorigen Note mitgetheilten § 8) vorschreibt: „Welches dann auch auf jenen Fall statt hat, wann der Testirer die Entscheidung solcher Erb-Streitigkeiten dem Privat-Executor (worunter alle andere außer der Vogteylichen Obrigkeit des Sterb-Haußes zu verstehen) ausdrücklich mit anvertrauet und übergeben hätte."

Dies widerstreitet jedoch dem gemeinen Recht. v. Berg, Jurist. Beobacht. und Rechtsfälle Th. I (Gött. 1802) Nr. VIII. Ein Testirer kann den von ihm ernannten Executoren eine schiedsrichterliche Gewalt übertragen, aber seine Erben ihrem ordentlichen Gerichtsstande nicht entziehen. Jene Uebertragung ist nur anzunehmen, wenn sie deutlich und ausdrücklich geschehen ist. Vergl. auch Berger, Respons. P. II resp. 184.

[2]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. III tit. 1 nr. 20. Executores possunt interpretari ambiguam voluntatem testatoris. Lauterbach l. c. cap. 9 nr. 82: Ex dictis apparet, quod executores u. v. illas interpretari, declarare et definire possint, si ambigue vel indefinite sunt conceptae — ita ut non teneantur heredem de eo requirere, sed declarationes ab ipsis factae perinde habeantur, ac si a testatore, cujus sunt organum, provenerint. Hellfeld, Jurispr. for. § 1503.

[3]) Claproth, Abh. von Testamenten § 110 S. 440 f.: Ist der Sinn der Worte zweifelhaft und streitig, so kann der Testamentsexecutor, ohne besonderen Auftrag des Erblassers, ohnmöglich Entscheidungen vornehmen, sondern muß dies diejenigen rechtlich ausführen lassen, welche dabey interessiret sind, wohl aber sich nach Möglichkeit zur gütlichen Beylegung verwenden. Beseler S. 196 f.: Der Erblasser kann dem Executor aber auch eine so freie Stellung einräumen, daß ihm bei Streitigkeiten unter den Erbinteressenten über die

353. Es bleibt jetzt noch übrig, die **Auflösung des Rechtsverhältnisses** eines Testamentsexecutors in Betracht zu ziehen — ein Punkt, der, seiner Wichtigkeit ungeachtet, von unserem Landrecht ganz unberührt geblieben ist.

a. Seiner Natur nach endet dieses, an die Persönlichkeit des berufenen Vollziehers geknüpftes Rechtsverhältniß mit dessen Tode. Von einem Uebergange auf die Erben kann nicht die Rede sein.[1])

b. Ein willkürliches Aufgeben des Verhältnisses Seitens des Testamentsvollziehers ist nicht für zuläßig zu erachten. Mit Recht sagt **Mühlenbruch** (a. a. O. S. 438):

> Wer einen durch Testament ihm gewordenen Auftrag übernimmt, oder wer durch die Obrigkeit zum Executor einer letztwilligen Verfügung bestellt ist, den darf man nicht einem gewöhnlichen Mandatar gleichachten, es kann also eine einseitige Lossagung von der übernommenen Verbindlichkeit durchaus nicht Statt finden.

Dies findet sich auch mehrfach in Partikularrechten ausgesprochen.[2])

Auslegung des Testaments eine schiedsrichterliche Gewalt zusteht; nur wird dadurch keine eigentliche Jurisdiction begründet, und wenn der Testator überhaupt nichts über die Auslegung des letzten Willens verfügt hat, so läßt sich nicht behaupten, daß der Executor schon vermöge seiner Stellung im Allgemeinen befugt sei, die Entscheidung abzugeben. Vielmehr wird in einem solchen Fall, wenn keine Verständigung der Betheiligten zu erreichen ist, der Ausspruch des competenten Gerichts einzuholen sein, und es läßt sich selbst die hierauf bezügliche Bestimmung des preußischen Landrechts (§ 561) vom Standpuncte des gemeinen Rechts aus nicht vertheidigen. Vergl. auch **Mühlenbruch** S. 421.

[1]) Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 18. „— Ist mehrverstandene Execution ein bloßes Personal-Geschäft, und erstreckt sich mithin nicht auf die Erben, sondern hört mit dem Tode des Executors auf, doch haften seine Erben für alles jene, was der Verstorbene selbst bereits hierin gethan hat." Großh. Hessischer Entw. Art. 222. „Die Gewalt des Vollziehers geht nicht auf dessen Erben über. Doch haben die Erben eines verwaltenden Vollziehers die zur Erhaltung des Vermögens nöthige Sorge bis zur Ablieferung desselben anzuwenden."

[2]) Württemb. Landr. Th. III Tit. 27 § 5. „Da dann einer oder mehr solches Ampts jetztgesetzter Maß sich angenommen, oder dessen zu beladen bewilliget, soll ihme ohne ehrhaffte Ursachen solches zu verlassen — mit nichten gestattet werden..." (Vergl. dazu **Griesinger**, Com. VI S. 627.) Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 17. „— Wenn aber 4to dieselbe [die übertragene Execution] einmal übernommen ist, so kann man sich solcher ohne wahrhafte und erhebliche Ursache ferner nicht mehr begeben." Sächs. bürg. G.-B. § 2235 (s. oben S. 217 Note 1).

c. Ebensowenig ist den Erben eine willkürliche Kündigung gestattet. Es folgt dies schon daraus, daß nicht die Erben die Machtgeber sind, sondern nur der Erblasser, hauptsächlich aber aus dem rechtlichen Charakter des Institutes als einer vom Testator angeordneten Beschränkung der Erbeinsetzung, welcher sich die Erben zu unterwerfen haben.[1])

d. Ein ganz anderer Fall ist es, wenn der im Testamente ernannte Executor dem vom Erblasser in ihn gesetzten Vertrauen nicht entspricht, sondern sich Pflichtwidrigkeiten zu Schulden kommen läßt. Hier muß den Erbinteressenten die Möglichkeit gegeben werden, einen solchen treulosen oder nachläßigen Vollstrecker des letzten Willens zu entfernen.[2])

Dies ist auch in mehreren Partikularrechten ausgesprochen.[3])

---

[1]) Hiernach ist der in einem Erkenntnisse des O.-G. zu Wolfenbüttel vom 3. Januar 1832 ausgesprochenen Ansicht nicht beizutreten:

> Da Testamentsexecutoren, wenn gleich deren Beauftragung ursprünglich vom Testator ausgeht, doch insofern, als sie, wie es bei der Einklagung erbschaftlicher Activforderungen der Fall ist, lediglich zum Vortheile der Erben handeln, als im Interesse derselben beauftragt, mithin als deren Mandatare erscheinen, so ist es den Erben unbenommen in solcher Hinsicht das von dem Erblasser ertheilte Mandat überall, oder aber für einzelne Posten zu jeder Zeit zurückzunehmen und einen darüber bereits erhobenen Rechtsstreit fallen zu lassen.
>
> (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. 2 S. 189.)

Ebenso unrichtig ist der von Leyser spec. 374 m. 3 aufgestellte Satz: Executor pacto omnium, quorum interest constitutus ei, quem testator designavit, praefertur.

[2]) Claproth, Abh. von Testamenten § 110 a. E.: Wenn grobe Nachläßigkeiten, offenbare Untreue, im Anfange oder in der Folge der Execution begangen sind, so kann von denen Erben und Vermächtnißnehmern auf deren Absetzung und Entziehung des ausgeworfenen Gehalts gedrungen werden, als welcher die gehörige Unterziehung des Geschäftes voraussetzet. Vergl. Beseler S. 208, welcher bemerkt, daß hier mit gehöriger Vorsicht die Analogie der Remotion von Vormündern eine Anwendung finden könne, aber nur bei einer ganz unzweifelhaften Unwürdigkeit oder Unfähigkeit des Executors. So wird auch in den Motiven zum Hessischen Entwurfe S. 128 gesagt: Die Ernennung des Vollziehers beruht auf dem besonderen Vertrauen des Erblassers; das Gesetz hat keine Ursache, demjenigen zu mißtrauen, welchem der Erblasser innerhalb der Grenze, in welcher er frei über sein Vermögen verfügen konnte, volles Vertrauen geschenkt hat. Nur unter besonderen Umständen, nur wenn es offenbar ist, daß der Erblasser in seinem Vertrauen sich getäuscht hat, kann ein gerichtliches Einschreiten gegen den Testamentsvollzieher gerechtfertigt werden.

[3]) Landr. der Markgr. Baaden ꝛc. Th. V Tit. 24 § 9. „Im fall aber sich

e. Der über den Nachlaß eröffnete Konkurs macht seiner rechtlichen Wirkung nach der Function des Testamentsvollstreckers ebenso ein Ende, wie er dem Erben jede Dispositionsbefugniß entzieht. [1])

---

begäb, daß die verordnete Testamentarii oder die Erben zu Exequirung und vollnziehung deß Testaments nicht tauglich wären, oder sie sonsten damit gar zu langsam und ungeschickt umbgiengen, Sollen Unsere Beambte, damit deß Verstorbenen letzter Will erfüllet, und Unserer Underthanen Nutzen befürdert werde, alsdann zwo oder drey andere geschickte, auffrichtige und erbare Mannspersonen verordnen, welche nach Ausweiß dieses Unsers Landrechtens, deß Abgestorbenen letzten Willen, auff der Erben ziemlichen Kosten vollnziehen —." Baier. Landr. Th. III Kap. 2 § 18. „— wohl aber mag 14to die Obrigkeit bey verspürendem Saumsal oder anderer ungebührlicher Handlung ihm entweder die Execution gar benehmen, oder wenigst einen Coexecutoren bestellen." Bambergsches Landr. Th. I Anh. 1 Tit. 3 § 7: (im Anschluß an die oben S. 223 Note 2 mitgetheilte Vorschrift). „Es ereignete sich dann ein besonders erheblicher Umstand, welcher den Executorn nicht zu dem Geschäft zulassete; Worüber sodann nach Verschiedenheit eines Gerichtlichen oder anderen Testaments entweder der Vogtey-Herr des Sterb-Haußes oder Unser Geistlicher Rath zu erkennen und die Execution auf andere Weis zu thun, oder auch solche denen Erben, da sie unter sich einig, und des ihrigen Alters und Stands halber mächtig wären, zu überlassen hat." Sächsisches bürg. G.-B. § 2241. „Macht sich der Vollzieher durch Pflichtwidrigkeiten oder Verbrechen des Vertrauens unwürdig oder werden dessen Vermögensverhältnisse unsicher, so kann jeder bei der Erbschaft Betheiligte dessen Entfernung verlangen." Dieselbe Vorschrift enthält der Großh. Hessische Entwurf Art. 223, zu deren Rechtfertigung in den Motiven S. 137 gesagt wird: Der Erblasser zählte auf die Treue und Gewissenhaftigkeit des von ihm ernannten Vollziehers. Hat er sich in dieser Voraussetzung getäuscht, verfährt der Ernannte mit Untreue und Gewissenlosigkeit und verletzt er dadurch die Interessen der Erben und Vermächtnißnehmer, so muß er entlassen werden, weil der Erblasser für solche Umstände seine Dienste nicht gewollt haben kann. Es soll und darf aber keine willkührliche Entlassung Statt finden; nur das Gericht kann entscheiden, ob ihre Bedingungen vorhanden seyen. Das Gericht leitet nicht von Amtswegen, sondern nur auf Antrag der Betheiligten das Verfahren ein, denn das Verhältniß, welches zwischen dem Vollzieher und den Betheiligten besteht, ist nur ein privatrechtliches. Zur Entlassung eines Vollziehers genügt auch nicht jede Culpa, sondern es wird eine grobe Pflichtwidrigkeit vorausgesetzt. Es wäre gefährlich, den Betheiligten in die Hand zu geben, schon wegen jeder unbedeutenden Fahrlässigkeit die Qualification des ihnen vielleicht hinderlichen Vollziehers in Frage zu stellen, und den Versuch zu machen, sich dessen Aufsicht zu entziehen.

[1]) Baier. L.-R. Th. III Kap. 2 § 18 a. E. „— 16to Sobald der Executor wahrnimmt, daß der Concurs nicht wohl zu vermeiden sey, so soll er die Execution niederlegen, und das Weitere der Obrigkeit überlassen."

f. Ebenso versteht es sich von selbst, daß die Testamentsvollziehung aufhört, wenn sie keinen Gegenstand mehr hat, also mit der Beendigung des Geschäfts.[1])

g. Darüber, ob in den Fällen zu a und d (so wie dann, wenn der bestellte Executor von Anfang an das Geschäft ablehnt), bei dem Mangel eines vom Testator angeordneten Substituten, die dem Testamentsvollzieher anvertraute Gewalt auf die Erben übergeht, also diese in den Vollgenuß ihrer, bisher beschränkten, Rechte treten, oder ob nunmehr der Richter von Amtswegen die Testamentsvollstreckung in die Hand zu nehmen und durch einen von ihm zu ernennenden Substituten auszuführen hat, herrscht Meinungsverschiedenheit. Die ältere Doctrin erklärt sich für das Letztere[2]) und diese Ansicht hat auch in den älteren Partikularrechten Ausdruck gefunden.[3]) Mit Recht bemerkt aber Beseler (a. a. O. S. 179) dagegen:

> Ebensowenig wie die Nothwendigkeit der obrigkeitlichen Bestätigung, läßt sich die Behauptung vertheidigen, daß wenn ein Testamentsexecutor vor Beendigung seines Geschäftes wegfällt, die Obrigkeit statt seiner einen andern zu bestellen oder selbst

---

[1]) Sächs. bürg. G.-B. § 2243. „Die Erben können, falls der Vollzieher mit der Verwaltung beauftragt ist, die Ausantwortung der Erbschaft verlangen, ... wenn sie nachweisen, daß der letzte Wille bereits ausgeführt worden ist."

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 13 def. 37 i. f.: Plane, etsi in testamento nominatus executoris officium in se suscipere nolit, propterea tamen testatoris voluntas exitu non destituetur, quia hoc casu Magistratui incumbit, ut vel ipse testamentum exequatur, vel alium executorem constituat. Griesinger, Com. über das Württemb. Landr. B. VI S. 628: Ueberhaupt kommt die Testamentsvollziehung nach dem Württemb. Rechte stets an die Obrigkeit, so oft der von dem Erblasser bestimmte Vollzieher die Vollziehung aus irgend einem Grunde nicht selbst besorgen kann oder will. Der Grund, warum in diesen Fällen nicht der Erbe das Testament vollziehen darf, ist ohne Zweifel dieser, weil es dem Willen des Erblassers nicht gemäß zu sein scheint, der ja gleich Anfangs den Erben hätte ernennen können, wenn er es für zuträglich gehalten hätte.

Noch Mühlenbruch (a. a. O. S. 438) scheint das richterliche Einschreiten für selbstverständlich zu halten, indem er nur bemerkt: „Hat der Testirer nicht für solche Fälle Vorkehr getroffen, d. h. bestimmt, wer an die Stelle des wegfallenden Vollziehers treten solle, und die Erben einigen sich nicht etwa über einen Stellvertreter, so liegt dem Richter ob, einen solchen zu ernennen." So wird auch in einem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Dresden von 1836 ausgesprochen: Wenn der Testator entweder keinen Vollstrecker seines letzten Willens ernannt hat, oder der ernannte dem Auftrage nicht

die Vollstreckung zu übernehmen hat. Man hat freilich dafür angeführt, daß der Testator es ja durch die Ernennung eines Executors ausspreche, daß er eben dem Erben die Vollziehung seines Testaments nicht anvertrauen wolle, und daß daher von der Obrigkeit dafür gesorgt werden müsse, daß sie anderweitig geschehe; aber dieser Grund rechtfertigt die Behauptung nicht. Denn in der Bestellung eines bestimmten Executors liegt nur die Absicht ausgesprochen, daß der Testator durch diesen statt durch den Erben die Vollstreckung des Testaments beschafft wissen will; fällt der ernannte Executor weg, so tritt der Erbe wieder in sein gesetzliches Recht ein. Um dieß für alle Fälle zu verhindern, muß auf irgend eine Art für eine Substitution anstatt des weggefallenen Executors gesorgt werden, was denn freilich auch dadurch geschehen kann, daß die Obrigkeit ersucht wird, selbst die Vollziehung zu übernehmen oder sie einem andern zu übertragen. Von Amtswegen hat sie sich aber im Allgemeinen nicht damit zu befassen, wenn nicht besondere particularrechtliche Normen darüber bestehen.

Es ist hier der Gesichtspunkt entscheidend, daß das Amt des Testamentsvollziehers kein munus publicum, sondern ein Privatgeschäft ist, mithin nur die Wahrung von Privatinteressen zum Gegenstande hat, daß es daher an jedem Grunde zu einem Einschreiten der Obrigkeit fehlt.

Wie Testamente aufgehoben und widerrufen werden.

Vom Widerrufe

a. im Allgemeinen.

§ 564. «Jede einseitige letztwillige Verordnung kann von dem Testator, bis zu seinem Ableben, nach Gefallen ganz oder zum Theil widerrufen und abgeändert werden.»

354. Die Widerruflichkeit des Testamentes und Codicilles, als einer *einseitigen* Verfügung auf den Todesfall, bildet den Charakter

---

entsprechen kann, so ist die Aufrechthaltung der letztwilligen Disposition als eine der Obrigkeit obliegende Pflicht anzusehen. (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. 2 S. 186.)

[3]) Württemb, Landr. Th. III Tit. 27 § 5, 6. Landr. der Markgr. Baaden rc. Th. V Tit. 9 (s. oben S. 239 Note 3). Baier. Landrecht Th. III Kap. 2 § 18 Nr. 14. Bambergsches Landr. Th. I Anh. 1 Tit. 3 § 3, § 7. (s. oben a. a. O.)

desselben [1]) im Gegensatze zum Erbvertrage. Nur der letzte Wille gilt als Verordnung von Todeswegen, als solcher ist aber derjenige anzusehen, der bis zum Tode des Testators nicht widerrufen worden ist. [2])

---

[1]) Ulp. l. 4 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): — Ambulatoria est enim voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum.

l. 6 C. qui test. fac. (6, 22): Si quis Imperatorem forte heredem instituerit, habeat mutandi judicii facultatem, et quemcunque voluerit, secundum leges in testamento suo heredem scribendi.

Christ. de Wolff inst. jur. nat. et gent. (Hal. 1750) § 927: — cum dominium ea lege in alterum transferri possit, ut non nisi post mortem suam acceptari possit, testamentum juris naturalis est, nec de voluntate testatoris ante mortem ejus ut heredi constet necesse est, et ante mortem testatoris revocari ac pro lubitu mutari potest. Quamobrem patet, testamentum morte demum testatoris validum effici, seu irrevocabile. Daries, inst. jurispr. univ. (edit. 3. Jen. 1748) § 505: — Qui non contra obligationem agit, iniquus esse nequit. Quamobrem, cum testamenti factionis fundamentum sit amor, qui mutatis circumstantiis etiam mutari potest, ut testator etiam sine omni iniquitate testamentum revocari possit, sequitur. Ihering, Geist des röm. Rechts Th. III (Leipz. 1865) S. 161 f.: Während die Rechtsgeschäfte unter Lebenden sich gleichmäßig in der Gegenwart und Zukunft bewegen, ist das Gebiet des Testaments ausschließlich die Zukunft, die Zeit nach dem Tode des Testators. Eben darum ist das Testament stets und nothwendig das, was die Obligation nur dadurch, daß sie die Bedingung aufnimmt, sein kann: ein schwebendes, unfertiges Geschäft. Um dem Testator die völlig freie Herrschaft über die Zukunft zu sichern, ist dem Testamente gerade die Eigenschaft beigelegt, welche die Rechtsgeschäfte unter Lebenden vernichten würde: die absolute Widerruflichkeit.

[2]) Ulp. l. 1 § 1 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Non autem omnes tabulas Praetor sequitur hac parte Edicti, sed supremas, hoc est eas, quae novissime ita factae sunt, post quas nullae factae sunt; supremae enim hae sunt, non quae sub ipso mortis tempore factae sunt, sed post quas nullae factae sunt, licet hae veteres sint. l. 19 C. de test. (6, 23): — cum hoc ipsum, quod per supplicationem nostris auribus intimatur, ita demum firmum sit, si ultimum comprobetur, nec contra judicium suum defunctus postea venisse detegatur.

v. Savigny, System VIII S. 447 f. sagt: „Das Schicksal einer Erbschaft soll bestimmt werden durch den letzten Willen des Verstorbenen (suprema, ultima voluntas), welcher auf gehörige Weise ausgesprochen sein muß. Damit ist also gemeint der im Zeitpunkt des Todes vorhandene Wille, da jeder frühere in der Zwischenzeit vielleicht verändert sein kann. Nun ist es aber an sich unmöglich, gerade im Augenblick des Todes ein Testament zu machen, ja wegen der völligen Ungewißheit der Todeszeit wird es oft nöthig und räthlich sein, den Willen, der als letzter gelten soll, in einem weit früheren, oft sehr entfernt liegenden Zeitpunkt auszusprechen. Daher ist jeder

Dithmarsisches Landrecht von 1567 Art. 29 pr. „Einem jedern steit fry synen latesten Willen und Testament vor synem dödlyken Affgang tho verenderen."

Hamburg. Stadtrecht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 37. „Ferner mag ein jeglicher sein Testament und letzten Willen ändern, mindern, mehren, und ganz abthun, so oft er will, ungeachtet er sich eines andern verpflichtet hätte —."

Erneuertes Land-Recht des Herzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 20 § 1. „Erstlich ist zu wissen, daß, vermöge Rechten, einem jeden in

---

Testator anzusehen als handelnd in zwei verschiedenen Zeitpunkten: indem er das Testament errichtet, und in dem Augenblick des Todes, worin er das früher errichtete Testament unverändert hinterläßt. Das Erste kann man die factische, das Zweite die juristische Thätigkeit des Testators nennen. Nur das Product der zweiten Thätigkeit kann und soll wirken; das der ersten bleibt in der ganzen Zwischenzeit meist unbekannt, und immer der unbeschränkten Willkühr des Testators unterworfen." Mit Recht tritt dieser Auffassung Lassalle, System der erworb. Rechte, Th. I (Leipz. 1861) S. 474 f., entgegen, indem er ausführt: das Testament lasse sich nicht in zwei getrennte Seiten und Thätigkeiten, eine factische und eine juristische zerreißen, von denen die eine nur zur Zeit der Testamentsanfertigung, die andere nur zur Zeit des Todes eintrete, das Testament sei vielmehr schon zur Zeit der Anfertigung ein beide Seiten in sich schließendes Ganzes, was unleugbar darin hervortrete, daß schon zu dieser Zeit Rechtsfähigkeit des Testators vorhanden sein muß und daß die dem Testamente zu dieser Zeit gegebene juristische Form trotz neuer Gesetze über Testamentsförmlichkeiten ihre Gültigkeit behält. „Das Testament — so fährt der Verf. fort — ist ein für sich fertiger und abgeschlossener Act einer ebenso juristischen als factischen Thätigkeit, welche feststellt, was nach dem Willen des Testators nach seinem Tode mit der Erbschaft geschehen soll. Dieser Act ist an sich zur Wirksamkeit bestimmt, was dadurch nicht behindert wird, daß sie nach dem Willen des Testators erst mit seinem Tode eintreten soll. Außer dieser Zeitbestimmung behält sich der Testator aber auch noch jede Aenderung seiner Willensverfügung bis zum letzten Lebenshauche vor. Das Testament wird daher nur wirksam, wenn es nicht widerrufen wird. Da dieser Widerruf usque ad extremum spiritum vitae vor sich gehen kann, so ist der ohne solchen Widerruf eingetretene Tod zu deuten als ein im letzten Lebensaugenblick erfolgter bestätigender Willensact, als eine Confirmation des Testaments. Dieser Confirmationsact ist gleichfalls wie das Testament selbst eine ebenso rechtliche wie factische Thätigkeit. Eine factische, da er ein Dasein des Willens des Testators darstellt. Eine rechtliche, indem der Testator auch noch die Rechtsfähigkeit und Befugniß zu dieser Confirmation besitzen muß, um dieselbe wirksam zu ertheilen. Nur in Bezug auf ihre äußere formelle Natur ist diese Confirmation, da sie in einer Unterlassung besteht, nothwendig eine formlose." Vergl. auch Schering, Archiv für rechtswiss. Abhandl. II (Berlin, 1862) S. 179 f.

allweg frey und zugelassen, seinen auffgerichten Letzten Willen jederzeit widerumb zu endern, zu mindern, zu mehren, gar oder zum thail abzuthun und zuwiderruffen, auch seiner gelegenheit nach, ohne mennigliche verhindern, ein ander Testament zu machen —."

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Landr. von 1610 Th. III Tit. 16 § 2. „Es hat aber ein jeder testirer gut fug und macht, bey seinen Lebzeiten sein testament wider abzuthun und zu cassiren: Sintemal eines jeden Menschen letzter will, biß an seinen letzten athem, unverbunden, frey und ledig seyn soll."

Frankf. erneuert. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 7 § 1. „Gleichwie einem jeden freystehet, sein Testament und Letzten Willen nach seinem Gefallen . . . zu machen und auffzurichten: Also stehet ihm auch frey, sein Testament und Letzten Willen jederzeit, und so oft er will, seines Gefallens zu erklären, zu mehren, zu mindern, zu endern, auch zum theil, oder gantz, abzuthun, und zu widerruffen." [1])

Eine solche Willensänderung wird natürlich nicht vermuthet und ist daher von Demjenigen zu erweisen, der sich darauf stützt.[2])

---

[1]) Die gleiche Bestimmung enthält die Fränckische Land-Ger.-Ord. Th. III Tit. 56 § 2, das revid. L.-R. des Hertz. Preuß. (verb. L.-R. des K. Preußen) Buch V Tit. 1 Art 2 § 7 a. E., Tit. 6 Art. 1 § 1 a. E., § 2, das Chur-Triersche L.-R. Tit. II § 1, das Churf. Mayntz. L.-R. Tit. XIII § 1, die Danziger neu revidirte Willkühr Th. II Cap. 6 Art. 14, das Baier. L.-R. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 26 Nr. 1.

[2]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 1 nr. 2: Caeterum voluntas in dubio non praesumitur mutata, et ideo ei, qui dicit mutatam esse voluntatem defuncti, onus probandi incumbit . . . nam quod non mutatur, cur stare prohibetur? Zasii consil. II nr. 7. Voluntas eadem durare praesumitur, nisi contrarium probetur. III nr. 65. Voluntas mutata non praesumitur, nisi probetur.

J. Maxen, Ueber Beweislast, Einreden und Exceptionen (Gött. 1861) S. 111 f.: Wenn auf Grund einer letztwilligen Disposition Jemandes ein Anspruch erhoben wird, so gehört es zu den Voraussetzungen desselben, daß der Erblasser jene Disposition bis zum Tode nicht widerrufen hat . . . Zum processualischen Klagegrunde gehört nun im einzelnen Falle namentlich auch die Thatsache, daß diese bestimmte Disposition in einem Testamente bez. Codicille getroffen ist, nicht aber auch, daß ein Widerruf nicht erfolgt ist. Vielmehr ist es Sache des Beklagten, den geschehenen Widerruf als eine Thatsache geltend zu machen und zu beweisen, welche geeignet ist, zu bewirken, daß die sonst gültige Disposition ihre rechtliche Bedeutung verliert und namentlich bewirkt, daß ein letztwilliger Anspruch nicht zur Entstehung kommt (l. 22 D. de prob., l. 11 § 12 D. de leg. 3, l. 22 D. de leg. 2). Was hier von Fideicommissen gesagt ist, muß consequenter Weise auch von der hereditatis petitio gelten . . .

355. Der in der Natur der Sache gegründeten vollkommenen Willensfreiheit in Betreff der Errichtung wie der Abänderung oder Aufhebung einer letztwilligen Verfügung kann sich der Testator nach römischem Rechte gar nicht,[1]) nach unserem Rechte nur mittelst eines Erbvertrages begeben. Eine einseitige Erklärung desselben, welche auf die Ausschließung oder Beschränkung dieser Willensfreiheit[2]) gerichtet ist, entbehrt aller rechtlichen Wirksamkeit.

Württemb. L.-R. a. a. O. „— Ja wann schon einer sich versprochen, verschrieben oder verpflichtet hette, sein auffgericht Testament nimmermehr zu endern, soll doch solches Versprechen und Verpflichtung (wie hoch sie immer geschehen) nichts gelten noch verhindern, sondern nichts desto weniger einem jeden sein Letster Will biß in sein Ende frey gelassen werden.“[3]) (Fast wörtlich wiederholt im revid. L.-R. des Herzog. Preußen von 1685, verbess. L.-R. des K. Preußen von 1751, Buch V Tit. 6 Art. 1 § 5.)

Chur-Triersches L.-R. von 1713 Tit. II § 2. „— das letztere (Testament), wann es seine Vollkommenheit hat, thut das erstere vernichtigen, unerachtet der im vorigen Testament eingeruckter sogenannter Clausulae derogatoriae generalis, specialis oder singularis . . .“

Churf. Maynzisches L.-R. von 1755 Tit. XIII § 3. „Es mag auch die erste disposition aufgehoben werden durch die letztere, obschon in ersterer gemeldet worden, daß er keine mehr machen wolle, oder wann er auch schon eine machen würde, solche doch an sich selbsten nichtig, oder ungültig und unkräfftig seyn solle.“

Baier. Landr. von 1756 (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 28. „Ein älteres Testament wird 1mo durch das jüngere allezeit ipso Jure in allen Stücken wieder aufgehoben, obschon . . . der Testator etwa im älteren die Clausula omnium Posteriorum derogatoria enthalten, oder ein gewisser Modus testandi darin vorgeschrieben, und solcher gleichwohl hernach nicht beobachten worden —.“

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2211. „Hat Jemand seinen letzten Willen für unwiderruflich erklärt, so ist er dessenungeachtet an dem

---

[1]) Hermog. l. 22 pr. D. de leg. 3: — nemo enim sibi potest legem dicere, ut a priore (voluntate) ei recedere non liceat.

[2]) Die gemeinrechtlichen Juristen bezeichnen diese Erklärung als clausula derogatoria und beschäftigen sich vielfach mit ihrer Wirkung. Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf die Erörterungen Mühlenbruch's in der Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 168 f. (wiedergegeben von Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X S. 933 f.). Von der Wirkung der auf die Form letztwilliger Verfügungen gerichteten clausula derogatoria ist bereits im B. I S. 501 f., 505 f. die Rede gewesen.

[3]) Nach Griesinger's Com. VI S. 468 f. beschränkt sich diese Vorschrift auf einseitige, nicht acceptirte, Versprechungen und Betheurungen, während Reyscher, Com. III § 685 Note 3 dieselbe auch auf vertragsmäßige Versprechen bezogen wissen will, wofür auch offenbar der Wortlaut spricht.

Widerrufe nicht gehindert. Hat er für den Widerruf eine besondere Form vorgeschrieben, so ist er an deren Beachtung nicht gebunden." [1])

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2102. „Der Testator hat, so lange er lebt, jederzeit das Recht, ein errichtetes Testament wieder aufzuheben oder abzuändern. Er hat dieses Recht auch dann unversehrt, wenn er im Testamente selbst auf jede Abänderung oder Aufhebung verzichtet haben sollte."

Ja selbst ein vertragsmäßiger Verzicht, sofern er nicht zugleich einen Erbeinsetzungsvertrag enthält, wird von den neueren Rechtslehrern [2]) — entgegen der älteren Doctrin [3]) — für unwirksam erklärt. Unser Landrecht hat eines solchen neben dem Testamente eingegan-

---

[1]) In letzterer Hinsicht weicht das Oesterr. bürg. G.-B. § 716 ab. s. B. I S. 501 Note 1.

[2]) Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen (Braunschw. 1860) S. 47: Die Erbeinsetzung verlangt, sei sie eine s. g. testamentarische, sei sie vertragsmäßig, ganz die nämliche äußere Form, von welcher Form dann der Widerrufsverzicht einfach mit ergriffen wird. Von diesem Gesichtspunkte aus läßt sich auch die herrschende Behauptung rechtfertigen, daß trotz der Gültigkeit der Erbverträge doch nackte pacta de non mutando testamento nach wie vor unwirksam seien, m. a. W. daß der Verzicht auf die testamenti factio in unserem Recht nur Anerkennung gefunden habe, wenn und insofern er sich unmittelbar an eine letztwillige Disposition anschließe. (Beseler, Erbverträge § 12 S. 314—325 und Buchka in der Zeitschr. für deutsch. Recht XII S. 215 f.)

Reyscher a. a. O.: Es liegt einmal im Wesen des Testaments, daß es widerruflich ist. Will der Erblasser seinen Willen unwiderruflich machen, was er nach unserem Rechte thun kann, so muß er sich der Form des Erbvertrags bedienen, und zwar nicht bloß zur Bestimmung der Unwiderruflichkeit, sondern des Willens selbst.

Bluntschli, Erläut. des privatr. G.-B. für den K. Zürich IV S. 166: Hat der Testator außerhalb des Testaments versprochen, dasselbe nicht abzuändern, so hat auch ein solches Versprechen keine Wirkung. Will er sich erbrechtlich binden, so muß er einen Erbvertrag machen.

[3]) Leyser spec. 359 m. 8. Pactum de non mutando testamento initum valet, et tollit facultatem aliter testandi. Hellfeld, Jurisprud. for. § 1428: — Si vero testator pacto se obligavit, quod a suo recedere nolit testamento, illud, non quidem Romano, ast patrio jure, est irrevocabile. Kind, quaest. for. T. I cap. 59: Igitur pacta successoria omnis generis apud Germanos licita sunt, ita quoque pactum, quo testator juri conditum testamentum immutandi ac per posterius rumpendi renunciavit, ex moribus Germanorum haud illicitum est, atque vim obligandi tribuit, adeo, ut testamentum, invitis iis, quibus ex pacto jus natum est, mutari nequeat. Vergl. auch Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 209—213.

genen bloßen pactum de non mutando testamento nirgends gedacht. Dasselbe bestimmt nur Th. II Tit. 1

§ 494. „Wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufes ausdrücklich begeben haben, sind als Erbverträge anzusehen."

Hier liegt der Fall vor, wo das Testament selbst die Natur eines Erbvertrages hat, wo also von vornherein die Absicht der Paciscenten auf Schließung eines Erbvertrages gerichtet war. Man kann also hier gar nicht einmal von einer Verwandelung eines bloßen Testamentes in einen Erbvertrag sprechen.[1])

---

b. durch Zurücknahme.

§ 565. «Wenn der Testator ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Codicill zurücknimmt, so verliert dasselbe seine Gültigkeit.»

Anh. § 42. «Verlangt der Verschwender die Zurückgabe seines vor der Prodigalitätserklärung niedergelegten Testaments, so ist diesem Gesuche zu willfahren.»

§ 566. «Es macht dabei keinen Unterschied, wenngleich der zurückgenommene Aufsatz noch unentsiegelt, oder sonst unverändert in dem Nachlasse vorgefunden wird.»

356. Die Zurücknahme des vor Gericht aufgenommenen oder übergebenen Testamentes entzieht demselben nach unserem Recht — abweichend vom gemeinen Recht[2]) — alle Kraft. Denn wenn auch die, dem Richter obliegende gehörige Aufbewahrung des Testaments nicht als ein der gerichtlichen Testamentsform noch hinzutretendes, diese erst zum Abschluß bringendes Erforderniß aufzufassen ist,[3]) so ist doch die

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 221—223.

[2]) In Betreff des gemeinen Rechts ist zu verweisen auf Glück, Com. B. 34 S. 218—226. Mühlenbruch B. 38 S. 302 f. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X S. 944 f. v. Vangerow, Pandekten II § 460 Nr. III. Vergl. auch Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 30. Schilter, Exerc. ad P. 39 §§ 71 sq. Hymmen, Beytr. zur jur. Litt. Samml. IV S. 76—86. Gründler, Polemik III § 680. Spangenberg im Archiv für die civ. Prax. B. 5 S. 171 f.

[3]) S. Band I S. 473.

Gültigkeit des Testaments wesentlich dadurch bedingt, daß dasselbe vom Testator der gerichtlichen Gewahrsam anvertraut und darin belassen wird.[1]) Die Zurücknahme aus dieser Gewahrsam gibt daher unzweifelhaft den Willen kund, das Testament nicht ferner bestehen zu lassen. So bestimmt auch

die Frankfurt. Reformat. Th. IV Tit. 7 § 20. „Wir ordnen und wollen aber . . . da er nicht gewillt ein Neuw Testament zu machen, sondern Intestatus versterben wolt, daß er selbst verschaffe, sein vorig Testament in unser Cantzley, im Testamentbuch außzuthun: oder, da er Schwachheit halben, solchs zu thun nicht vermöchte, Alßdann die vorige Zeugen, wo die noch im Leben, oder wo nicht, drey andere an derselben statt zu sich erfordere, und denselben, solchs zu verschaffen, außdrücklich befehle."

das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 2. „— 16to Sobald der Testator seinen übergebenen letzten Willen ab Actis wiederum zurücknimmt, so wird derselbe eben dadurch pro cassato vel revocato geachtet, ungeachtet man solchen bey ihm nach der Hand noch verschlossen oder unverletzt befunden hätte . . ."[2])

das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2215. „Hat ein Erblasser seinen gerichtlich übergebenen schriftlichen letzten Willen auf Verlangen in Person zurückerhalten, so ist, selbst wenn er da-

---

[1]) Dagegen verordnet das Chur-Triersche Landr. von 1713 Tit. I § 9. „Gleichfals werden gemelte Gerichts-Personen angewiesen bey den oberwehnten Dispositions-Fällen, den vorgenommenen Actum bey erster gerichtlicher Versamblung zu praesentiren, woselbst die schriftliche Disposition offen, oder verschlossen, bis nach des Testirers Todt verwahrt bleiben solle, es wäre dann, daß derselbe solche Disposition lieber hinter sich nehmen und halten wollte: welchenfalls vor dessen Außlieferung der gerichtlicher Actus darauff geschrieben werden solle." Das Gleiche findet sich schon in älteren Stadtrechten. So verordnen „Statuta und Willkühr des Städtchens Seidenberg in der Ober-Lausitz" von 1698 Art. 59: „— gleichwie niemanden verwehret ist — ob er (das dem Herrschaftlichen Amte oder den Stadt-Gerichten insinuirte Testament) nach seiner erlangten beständigen Form wieder zu sich nehmen, oder bis zu seinem seligen Tode an dem Orte, wo es verfertiget oder judicaliter ratificiret, liegen lassen wolle —." (Schott, Samml. zu den Deutsch. Land- und Stadtrechten II S. 187.)

[2]) v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 12 gibt als Grund dieser von der gemeinen Lehre abweichenden Vorschrift an: „weil ein Testament, welches einmahl ab Actis removirt ist, allsofort ein Testamentum judiciale zu seyn aufhört, einfolglich wenigist in hac qualitate nicht mehr bestehen kann." Dasselbe nimmt auch Griesinger, Com. des Württ. Privatr. VI S. 477 an.

bei keinen ausdrücklichen Widerruf erklärt hat, der letzte Wille als widerrufen zu betrachten." [1])

Es braucht daher nicht noch eine andere Handlung — die Vernichtung oder Cassirung der Testamentsurkunde — hinzuzutreten, um diesen Willen außer Zweifel zu setzen.[2]) Ja selbst eine ausdrückliche Erklärung des Testators, der letzte Wille solle, der Zurücknahme aus der gerichtlichen Gewahrsam ungeachtet, Gültigkeit behalten, würde wirkungslos sein, sofern nicht dabei die Testamentsform beobachtet worden wäre.[3])

---

[1]) Vergl. Siebenhaar, Com. III S. 281.

Dieselbe Bestimmung enthält der Großh. Hessische Entw. Art. 183, wozu in den Motiven S. 120 f. gesagt ist: Die Aufbewahrung bei Gericht gehört zu den wesentlichen Förmlichkeiten der hier in Frage stehenden Testamente; der Testator, der auch nur eine dieser Förmlichkeiten wegnimmt, entzieht dadurch der Urkunde den Charakter eines letzten Willens. Es folgt hieraus, ... daß auch mit der Zurücknahme der Act des Widerrufs vollendet ist, die zurückgenommene Urkunde also als Testament nicht mehr gelten kann, wenn auch der Erblasser dieselbe in dem nämlichen Zustande, wie sie bei Gericht war, fernerhin bei sich aufbewahrt.

[2]) S. oben Note 1.

[3]) Siebenhaar a. a. O.

Im Entwurfe unseres Landr. war bestimmt:

„Geschieht die Zurücknahme mit dem ausdrücklichen Vorbehalt, daß die Disposition noch ferner bestehen solle, so verbleibt dieselbe, wenn sie in dem Nachlaß noch unerbrochen, oder zwar anderweit, jedoch ohne Aenderung versiegelt gefunden wird, in ihrer Kraft."

Suarez vertheidigte diese Vorschrift in der revisio monitorum mit der Bemerkung:

„Der Testator kann mancherlei Gründe haben, das Testament zurückzufordern, ohne zu dessen Abänderung entschlossen zu sein, z. B. daß er sich von dessen Inhalt, den er wegen Länge der Zeit nicht mehr genau weiß, informiren, daß er das Testament in seinem jetzigen foro domicilii deponiren will &c. Die Besorgniß wegen Betrügereien ist bei testamentis nuncupativis, die zum gerichtlichen Protokoll genommen worden, und bei testamentis scriptis, welche holographa sind, ohne Grund. Allenfalls kann sie eintreten bei testamentis scriptis, die der Testator bloß unterschrieben hat, weil eine bloße Unterschrift sich leicht nachmachen und in die Enveloppe hineinprakticiren läßt. Diese müßte man also ausnehmen und sagen, daß sie ihre Gültigkeit durch die Zurücknahme simpliciter verlieren."

Das Konklusum ging indessen dahin:

es bleibt simpliciter dabei, daß, wenn das Testament zurückgenommen worden, es seine Gültigkeit verliere, wenn es auch uneröffnet vorgefunden wird.

(Bornemann VI S. 119, 120.)

Mit Recht hat daher unser Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 28. December 1849[1]) ausgesprochen:

1. Ein früher gerichtlich deponirtes, aber zurückgenommenes, jedoch aufbewahrtes Testament hat in Beziehung auf die darin enthaltenen, den 20. Theil des Nachlasses nicht übersteigenden Legate nicht die Wirkung einer im Nachlasse vorgefundenen Privatdisposition des Erblassers.
2. Auch durch die in einem späteren Testamente des Erblassers lediglich mittelst einer allgemeinen Bezugnahme auf das zurückgenommene, im Nachlasse aufbewahrte Testament erfolgte Anordnung von Legaten können die in dem zurückgenommenen Testamente ausgesetzten Vermächtnisse rechtliche Wirksamkeit nicht erlangen.[2])

357. Die Vorschrift des Anhangs § 42[3]) ist auch in neuere Gesetzgebungen übergegangen.[4])

---

§ 567. «Soll ein zurückgenommenes Testament oder Codicill anderweitig gerichtlich übergeben werden; so ist dabei Alles das zu beobachten, was bei der Uebergabe eines Testamentes oder Codicills überhaupt vorgeschrieben worden.»

358. Vergl. Ulp. l. 23 D. qui test. fac. (28, 1): Si testamentum,

---

[1]) Entsch. B. 19 S. 171 f.

[2]) Vergl. Hommel, Rhaps. V obs. 643 nr. 11: In Saxonia, secundum Decisionem Electoralem (a. 1661) nr. 44 [abgedruckt in Emminghaus, Pand. des gem. Sächs. R. S. 166, 167 Nr. 255], testamentum e judicio revocatum, si clausura et sigillum judiciale illaesum sit, adhuc valet. Sed extra Saxoniam contrarium respondimus. Nempe in omni testamento revocato etiam legata jure communi adeo corruunt, ut ne quidem pia causa legatum relictum ex tali testamento petere possit. Sic tribunali Cellensi quondam respondimus.

v. Kreittmayr a. a. O. bemerkt dagegen: Daraus (daß ein ab actis zurückgenommenes Testament ein testamentum judiciale zu sein aufhört) folgt von selbst, daß es gleich wohl noch in alio genere z. E. als ein Testamentum ad pias causas, inter liberos, oder auch soweit nur die Requisita vorhanden seynd, als ein Testamentum privatum solenne subsistiren mag. Vergl. auch Schmidt, hinterlassene Abhandl. II S. 11.

[3]) entnommen aus dem Rescr. vom 2. September 1793. (N. C. C. Tom. IX nr. 67 und Rabe, Samml. II S. 474.)

[4]) Oesterr. bürg. G.-B. § 718. „— Ein gerichtlich erklärter Verschwender kann seinen letzten Willen giltig widerrufen." Sächs. bürg. G.-B. § 2210. „— Auch

quod resignaverit testator, iterum signatum fuerit septem testium signis, non erit imperfectum, sed utroque jure valebit, tam civili, quam praetorio.

v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 2 Nr. 12 a. E. Wird nun das zurückgenommene Testament von neuem wiederum ad acta übergeben, so fangt solches wo nicht ex prima, doch nova oblatione wiederum zu gelten an.[1])

Privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich § 2107. „So lange das eigenhändige Testament wieder in die Hände des Testators zurückgegeben ist, bleibt dessen Wirksamkeit eingestellt und wird erst von da an wiederumb hergestellt, wenn das Testament neuerdings von dem Testator bei dem Notar[2]) hinterlegt worden ist.“ [3])

Präjudiz des Ober-Tribunals zu Berlin Nr. 2172 vom 31. Decbr. 1849[4]): Ein zurückgenommenes und dadurch ungültig gewordenes Testament kann nur mit Beobachtung derjenigen Förmlichkeiten, welche bei der ersten und ursprünglichen Errichtung eines letzten Willens, die durch Uebergabe eines schriftlichen Aufsatzes erfolgt, vorgeschrieben sind, anderweitig gerichtlich übergeben werden. Es kann daher das wieder übergebene Testament nur als ein solcher schriftlicher „Aufsatz“ behandelt werden, selbst wenn es noch äußerlich in unverändertem Zustande und mit dem Gerichtssiegel verschlossen wäre. Es kann also ein des Schreibens Unkundiger in dieser Weise gar nicht testiren, sondern seinen letzten Willen jederzeit nur mündlich zu Protokoll erklären.

---

ein erklärter Verschwender kann seinen letzten Willen widerrufen, welchen er errichtet hat, bevor er für einen Verschwender erklärt war.“

[1]) Vergl. dagegen Leyser spec. 359 m. 13. Testamentum ex eo, quod testator id e judicio repetiit, et deinde minus solenniter ad acta restituit, non infirmatur. Diese Ansicht beruht jedoch, wie der mitgetheilte Rechtsspruch zeigt, darauf, das nach gemeinem Recht überhaupt die bloße Zurücknahme der dem Gericht übergebenen Testamentsurkunde nicht als Widerruf angesehen wird.

[2]) Ein gerichtliches Testament kennt das Zürcherische G.-B. nicht.

[3]) Bluntschli, Erläut. IV S. 168 f. bemerkt dazu: Wird diese erneuerte Uebergabe durch den Testator an den Notar bis zum Tode des Erblassers unterlassen, so ist das Testament ungültig geworden, ungeachtet es äußerlich noch unversehrt in den Papieren des Erblassers vorhanden ist. Die Zurückforderung des Testaments wird in diesem Fall als Zurücknahme des letzten Willens ausgelegt.

[4]) Entscheid. B. 19 S. 178 f.

§ 568. «Wenn ein und eben dasselbe Testament bei mehreren Gerichten niedergelegt worden; und bei einem derselben, ohne Zurücknahme, bis zum Absterben des Testators aufbewahrt geblieben ist: so bleibt dasselbe bei Kräften; wenngleich die bei den übrigen Gerichten niedergelegten Exemplare zurückgenommen wären.»

359. Nach gemeinem Rechte konnte nur in Frage kommen,

ob die absichtliche Zerstörung eines von mehreren Testamentsexemplaren als Widerruf des letzten Willens selbst anzusehen sei.

Dies wurde verneint, wenn nicht eine entgegengesetzte Absicht erweislich war.[1])

So verordnet auch das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 24:

„— wenn 10mo aus mehreren gleichlautenden Originalen nur eines davon cassirt wird, ist ohne andere deutlichere Merkmale der hierin geführten Intention für keine Cassation zu achten."

desgl. das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 721:

„— Wenn von mehreren gleichlautenden Urkunden nur Eine vertilgt worden, so kann man daraus auf keinen Widerruf schließen."

---

§ 569. «Durch die bloße Zurückforderung wird die nicht wirklich zurückgenommene Disposition noch nicht entkräftet.»

§ 570. «Hat der Testator bei der Zurückforderung seinen Willen, die Disposition aufzuheben oder abzuändern, ausdrücklich erklärt; so ist die Gültigkeit und Wirkung einer solchen Erklärung nach den wegen des ausdrücklichen Widerrufs vorgeschriebenen Regeln zu beurtheilen. (§ 587 ff.)»

360. Dithmarsisches Landrecht von 1567 Art. 29 § 1. „Darüm afft

---

[1]) Papin. l. 4 D. de his quae in test. del. (28, 4): Pluribus tabulis eodem exemplo scriptis unius testamenti voluntatem eodem tempore dominus solenniter complevit: Si quasdam tabulas in publico depositas abstulit,

eener by synem Levende syn Testament van dem Vagede fordern, und sick uhtdrücklyk erklehren worde, dat he synen Willen verwandelt, so ys solck Testament von nenen Wehrden."

Auch die neueren Gesetzgebungen[1]) legen die das Testament entkräftende Wirkung nicht der bloßen Zurückforderung, sondern der Zurücknahme der gerichtlich niedergelegten Testamentsurkunde bei.

Schon der ungedruckte Entwurf unseres Landrechts enthielt die gleiche Bestimmung. Es wurde jedoch mehrfach dagegen die Meinung geltend gemacht, daß schon die bloße Zurückforderung wirksam sein müsse, worauf Suarez erwiderte:

„Der § 368 (des Entw. § 569 h. t.) wird sehr angefochten. Durch die ohne Vorbehalt geschehene Zurückforderung deklarire ja der Testator seinen animum, daß das Testament nicht ferner gelten solle, deutlich genug. Die mora des Richters in retradendo könne dabei keinen Unterschied machen. Allein es scheint mir zu bedenklich, der bloßen Zurückforderung, die aus mehr als einem Grunde geschehen kann und wobei mancherlei Intriguen und Betrügereien passiren können, die Wirkung, daß schon dadurch das Testament seine Kraft verliere, beizulegen. Da die ausdrückliche Revokation nach § 376 (Entwurf) schon eine gewisse Form erfordert, so kann man, ohne inkonsequent zu sein, der bloßen, an keine Form gebundenen Rückforderung keine so wichtige Wirkung beilegen. Hat aber der Testator bei der Rückforderung zugleich den animum revocandi ausdrücklich erklärt, so kommt es darauf an: ob er die bei der Revokation vorgeschriebene Form beobachtet hat."

(Bornemann VI S. 120.)

---

atque delevit, quae jure gesta sunt, praesertim quum ex ceteris tabulis, quas non abstulit, res gesta declaretur, non constituentur irrita. Paulus notat: sed si, ut intestatus moreretur, incidit tabulas, et hoc approbaverint hi, qui ab intestato venire desiderant, scriptis avocabitur hereditas. Ulp. l. 1 § 5 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Si quis in duobus exemplaribus fecerit testamentum, et aliud extet, aliud non extet, tabulae extare videntur, petique potest bonorum possessio. cf. § 7 eod. Voet, com. ad P. 28, 4 nr. 1. S. Stryk, de caut. test. cap. 24 § 47. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 39 S. 98, 99.

[1]) Sächs. bürg. G.-B. § 2215 (s. oben Nr. 356). Großh. Hessischer Entw. Art. 183. In den Motiven zu dem letzteren (S. 120 f.) wird gesagt: Es folgt hieraus, daß nicht schon die Zurückforderung, sondern erst der Zurückempfang der Urkunde den Widerruf bewirkt, da die letztere die Eigenschaft einer archivalischen Urkunde so lange an sich trägt, bis sie aus dem Gewahrsam des Gerichts herausgegangen ist.

§ 571. «Ein gerichtlich niedergelegtes Testament oder Codicill soll nur dem Testator selbst, oder einem von ihm dazu gerichtlich bestellten Bevollmächtigten zurückgegeben werden.» [1])

361. Diese Bestimmung, welche die Allg. Ger.-Ord. Th. II Tit. 4 § 9 dahin beschränkt:

„— Befindet sich der Testator an dem Orte selbst, wo das Gericht seinen Sitz hat, so muß er den Termin in Person abwarten, oder die Rückgabe in seiner Behausung, zu eigenen Händen, durch eine Deputation, nachsuchen. Nur für abwesende Testatoren können Specialbevollmächtigte zugelassen werden —"

ist auch in dem Großh. Hessischen Entwurf Abth. III Art. 183 aufgenommen worden. [2])

Strenger ist das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen, welches im § 2215 ausdrücklich die Zurücknahme des letzten Willens Seitens des Testators in Person erfordert, wenn sie als Widerruf gelten soll. Und diese Vorschrift ist auch in der That die allein consequente, da sie dem auch von unserem Landrecht (§ 587) aufgestellten Grundsatze entspricht:

„In der Regel kann Jemand nur auf eben die Art, wie er testiren kann, auch die einmal errichtete Disposition widerrufen."

---

[1]) Diese Vorschrift ist durch den § 2 b des Gesetzes vom 11. Juli 1845 über die Form einiger Rechtsgeschäfte (G.-S. S. 495) ausdrücklich in Kraft erhalten worden.

[2]) Motive (S. 121): Der Art. 183 gestattet, einen letzten Willen durch einen mit gerichtlich beglaubigter Specialvollmacht versehenen Stellvertreter aus dem Gewahrsam des Gerichts zurücknehmen zu lassen, obgleich die Deposition nur durch den Erblasser in eigener Person geschehen kann. Der letzte Wille kann bei einem Gerichte deponirt seyn, welches der Erblasser zu der Zeit, wo er widerrufen möchte, zu erreichen nicht im Stande ist, und der Erblasser kann Gründe haben, sich mit einem ausdrücklichen Widerrufe, den er vor dem Gerichte des Orts, an welchem er sich befindet, bewirken könnte, nicht zu begnügen, weil er wünscht, daß der Inhalt seines letzten Willens nicht bekannt werde.

c. durch Errichtung eines neuen Testaments.

§ 572. «Wird ein neues Testament übergeben, und darin die im vorigen enthaltene Erbeseinsetzung abgeändert; so verliert das frühere Testament seine Gültigkeit.»

§ 573. «Es fallen daher auch die in dem früheren Testamente ausgesetzten Vermächtnisse weg, insofern dieselben nicht in dem späteren ausdrücklich wiederholt und bestätigt sind.»

§ 574. «Hat aber der Testator in dem späteren Testamente deutlich erklärt, daß auch die Erbeseinsetzung des früheren bei Kräften bleiben, und also der später eingesetzte Erbe nur zugleich mit dem früher benannten sein Erbe sein solle; so bestehen auch die Legate aus dem früheren Testamente, in so fern selbige durch das spätere nicht ausdrücklich aufgehoben sind.»

§ 575. «Einer solchen ausdrücklichen Aufhebung ist es gleich zu achten, wenn der Testator eben dieselbe bestimmte Sache, welche er in dem früheren Testamente einem Legatario vermacht hat, in dem späteren einem Anderen zuwendet.»

§ 576. «Soweit durch ein späteres Testament das frühere nach obiger Vorschrift seine Gültigkeit ganz verliert (§ 575), kann es den Legatarien aus dem früheren Testamente nicht zu Statten kommen, wenngleich in selbigem die sogenannte Codicillarclausel beigefügt wäre.»

362. In diesen Vorschriften kommt, in wesentlicher Abweichung von den römisch-rechtlichen Grundsätzen,[1]) das Prinzip des neueren Rechts zur Geltung:

daß Jeder es in seiner Macht hat, durch mehrere nach seinem

[1]) Huschke im Rhein. Museum VI S. 298 f.: Wenn in der Ausschließlichkeit der sich durch ein Testament vererbenden familia der Grund der Regel liegt: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest, so folgt von selbst, daß nicht bloß die Erbfolge ab intestato im eigentlichen Sinne, sondern auch die Erbfolge aus einem andern Testament mit der testamentarischen Erbfolge unverträglich sein muß. Mit andern Worten es muß auch

Willen neben einander geltende Testamente über seinen Nachlaß zu verfügen, daß also ein späteres Testament das frühere nicht nothwendig (ipso jure,[1]) vermöge des Gesetzes) aufhebt, sondern nur dann, wenn nicht ein entgegengesetzter Wille des Erblassers erkennbar ist.

Durch dieses Prinzip sind wir allein auf die Auslegung des Willens des Erblassers gewiesen, haben es also nur mit der Frage zu thun, ob und in wie weit der Erblasser durch die Errichtung des späteren Testamentes das frühere aufheben wollte. Das Gesetz hat nur die Aufgabe, hierbei durch Rechtsvermuthungen zu Hülfe zu kommen.

Das germanische Recht konnte sich mit jenen, kaum verstandenen, strengen Grundsätzen des römischen Rechts, welche gerade auf einem

---

die Regel gelten: nemo pluribus testamentis pro partibus relictis decedere potest. Und so ist es auch. Wenn Jemand mehre Testamente gemacht hat, (wohin, wohl zu bemerken, der Fall nicht gehört, daß er in verschiedene Urkunden, die zu derselben Zeit als Testament solemnisirt wurden, seinen testamentarischen Willen vertheilt hat l. 1 § 5 § 6 D. de b. p. sec. tab., § 13 J. de test. ord., l. 24 D. qui test. fac., l. 3 § 1 D. de tab. exh., l. 47 D. de leg. 2, Glück, Com. B. 34 S. 475—479) und das eine ist älter, das andere jünger, so wird das erstere durch das letztere nothwendig aufgehoben, selbst dann, wenn das frühere Erben auf das ganze Vermögen, das letztere Erben auf einzelne Sachen eingesetzt enthielt, oder was dasselbe ist, wenn im ersteren Erben für den einen Theil, im letzteren Erben für den noch übrigen Theil ernannt waren. Denn da ein Testament nichts anders als die ganze Erbschaft vererben kann, so muß auch das letztere Testament so gelten, als wenn jene Erben ohne Nennung von einzelnen Sachen oder Theilen eingesetzt wären. l. 12 § 1 D. de inj. rupt. § 3 J. quib. mod. test. infirm. Wenn dagegen ungewiß ist, welches von beiden Testamenten das frühere oder spätere sei, so würde zwar keines durch das andere abgeschafft sein, aber auch jedes dem andern im Wege stehen, und da es unmöglich ist, daß Jemand mit zwei Willen über Eine familia versterbe, so gilt keines von beiden. l. 188 pr. D. de R. J. Von diesem Falle spricht Ulpian in l. 19 pr. D. de test. mil. — v. Keller, Pandekten § 493: Jedes Testament normirt die Universalsuccession; diese ist aber etwas Totales und Exclusives und zieht den ganzen übrigen Inhalt des Testaments nach sich. Daher können so wenig zwei Testamente zugleich gelten, als Testament und Intestatsuccession zugleich. Das Testament aber ist ein letzter Wille und gilt als solcher. Deswegen muß das spätere Testament den Vorzug haben. — Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 335 f. Heimbach in Weiske's Rechtslex. X S. 948 f. Neuner, die heredis institutio ex re certa S. 487 f.

[1]) l. 27 C. de test. (6, 23): — Sin autem in medio tempore contraria testatoris voluntas ostenditur: si quidem perfectissima est secundi testamenti confectio: ipso jure prius tollitur testamentum.

Gebiete, wo die höchste Willensfreiheit herrschen muß, dem Willen sein Recht versagen, oder ihm nur auf Umwegen dazu zu verhelfen wissen, ebensowenig befreunden, wie mit dem Satze: nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. Es erhob zum allgemeinen Prinzip, was bei den Römern nur als Privilegium der Soldaten[1]) galt:

> daß die testamentarische Erbfolge allein auf des Erblassers Willen beruht und solcher, so wie er rechtsgültig erklärt worden ist, genau befolgt werden muß, daß also auch mehrere zu verschiedenen Zeiten errichtete letzte Willen zugleich und neben einander zum Vollzuge gelangen, sobald nur erhellt, daß der Erblasser durch den jüngeren nicht die Aufhebung des älteren beabsichtigt hat.[2])

Wir dürfen freilich nicht erwarten, diesen Grundsatz in seiner Schärfe in den älteren deutschen Partikularrechten ausgedrückt zu finden. Es wird meist nur der allgemeine Satz ausgesprochen:

> daß ein Testament aufgehoben wird, wenn der Testator, wie ihm jederzeit freisteht, an dessen Stelle ein anderes errichtet, und zwar ohne, daß es eines ausdrücklichen Widerrufes der früheren Verordnung bedürfe.

Dithmarsisches Land-Recht von 1567 Art. 29 § 2. „Jmgelyken effte he ein ander Testament makede, und datsülve by dem Vagede hinderleggen lehte, so ys dat erste Testament dorch das lateste gedödet."

---

[1]) Ulp. l. 19 pr. D. de test. mil. (29, 1): — militi licet plura testamenta facere, sed sive simul fecerit, sive separatim, utique valebunt, si hoc specialiter expresserit; nec superius per inferius rumpetur, quum et ex parte heredem instituere possit, hoc est, ex parte testato, ex parte intestato decedere... l. 36 pr. § 1 eod.

[2]) Voet, com. ad P. 28, 3 nr. 8: — moribus hodiernis pluribus testamentis relictis unumquemque mori posse non ambigitur, sicut in dubio omnia in priore et posteriore voluntate disposita exitum habere debeant, nisi quatenus contraria contineant, quippe quorum intuitu suprema voluntas testatoris potior foret, eo modo, quo id jure Romano in pluribus codicillis ab eodem testatore conditis observatum fuit (§ 1 J. de codic.)... Ut proinde priorum testamentorum apertam fieri in posteriore revocationem necesse sit, si testator nolit, ex alio, quam postremo testamento quicquam deberi aut ratum esse. Groenewegen, tr. de legib. abrogat et inusitat. ad Inst. Lib. II tit. 17 § 3: Si quis in secundo testamento ex certis rebus heredem instituerit, superius tamen hodie sublatum non est, nisi quoad res in secundo testamento expressim relictas.

Erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 9 § 9. „Aber nachgehends wird auch ein tüglich und rechtmäßig Testament untüglich, wann dasselbig mit Auffrichtung eines andern Testaments (in gebührlicher Form, wie obsteht) widerruffen und abgeschafft wird." [1])

Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordg. von 1616 Th. III Cap. 9. „— Fürs Dritte, Wann der testirer nach dem ersten Testament ein anders uffrichtet, So wird das erste cassirt, und das letzte allein gehalten . . ."

Land-Recht der Markgr. Baaden ꝛc. von 1710 Th. V Tit. 20 § 4. „Es wird auch ein rechtmäßig Testament unkräfftig, wann dasselb, mit Auffrichtung eines anderen Testaments widerruffen und abgeschafft wird, doch daß das nachgehende ohne mangel verfertiget seye. Dann da solches unvollkommen, thut es dem ersten keinen abbruch."

Churf. Mayntzisches Land-Recht von 1755 Tit. XIII § 1. „Alle letzte Willens-Verordnungen mögen von dem Testatore aufgehoben, und geändert werden, so oft er will, und wird die vorhergehende durch die folgende und letzte aufgehoben, obschon er in der letztern keine ausdrückliche Meldung gethan, daß er die erste aufhebe."

Mehrere Partikularrechte sprechen sich jedoch insofern bestimmter aus, als sie ausdrücklich hervorheben, daß das frühere Testament nur in Ermangelung einer entgegengesetzten Bestimmung des Testators durch das spätere aufgehoben werde.

Erneuertes Land-Recht des Hertzog. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 20 § 4. „Item, so einer ein ander Testament machte und dasselbig ohne mangel verfertigte, so ist das vorgehende (wa nicht deßhalben im nachgehenden sondere Versehung beschehen) [2]) auch gefallen und ohnkräfftig; Ob-

---

[1]) Die Reform. erfordert jedoch hierzu einen **ausdrücklichen** Widerruf, indem im Tit. 7 § 2 bestimmt ist: „Wir ordnen und wöllen aber, Daß solchs (allen Argwohn und Verdacht zu verhüten) durch ein Neuwes Testament, darinn das vorig außtrücklich auffgehebt und widerruffen werde, auch mit gleichmäßigen Zierlichkeiten, wie in Auffrichtung deß Ersten, oder vorigen, dieselben gebraucht worden, geschehen solle . . ." Vergl. **Bender**, Lehrb. des Privatr. der freien Stadt Frankfurt § 101 Note 10.

[2]) **Griesinger**, Com. VI S. 478 will in diesem Zusatze freilich nur die Bestimmung finden, daß, „wenn der Erblasser in seinem zweiten Testamente namentlich sagt, daß sein ersteres auch gelten solle, beide Testamente gültig sind und der im letztern Testamente eingesetzte Erbe die Erbschaft dem Erben des ersten Testaments **als ein Fideicommiß** ausliefern muß." (Ebenso **Reyscher**, Com. III § 686.) cf. § 3 J. quib. mod. test. infir. (2, 17): — Testamentum secundo loco factum, licet in eo certarum rerum heres scriptus sit, perinde jure valere, ac si rerum mentio facta non esset: sed teneri heredem scriptum, ut contentus rebus sibi datis, aut suppleta quarta ex lege Falcidia, hereditatem restituat his, qui in priore testamento scripti fuerant, propter inserta verba, quibus ut valeret prius testamentum, expressum est, dubitari non oportet —. l. 12 § 1 D. de inj. rupt. (28, 3).

gleich in dem Letzten Testament das vorhergehende nicht außtrukenlich widerruffen oder auffgehaben . . ." (Wörtlich aufgenommen in das revid. L.-R. des Herzog. Preußen von 1685, verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721, Buch V Tit. 6 Art. 1 § 3.)

Kais. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würzburg und Herzog. zu Francken von 1618 Th. III Tit. 56 § 4. „In solchem Fall, wann nemlich jemand ein ander Testament, das dieser unserer Ordnung, oder den gemeinen Rechten nach ohne Mangel ist, gemacht hätte, dadurch würde das vorgehend krafftlos und nichtig, es wäre dann desselben vorgehenden Testaments halber in dem nachgehenden sondere Versehung geschehen, dabey es dann billig sein Bewenden hat."

Nur das Baierische Landrecht von 1756 (Cod. Max. Bav. civ.) schließt sich ganz an das römische Recht an, indem dasselbe Th. III Kap. 3 § 28 verordnet:

„Ein älteres Testament wird 1mo durch das jüngere allezeit ipso Jure in allen Stücken wieder aufgehoben, obschon 2do in dem letzteren keine Erwähnung des älteren geschehen, oder der Testator desselben gar nicht mehr eingedenk gewesen,[1] . . . oder der Erbe in dem letzteren nur in Re certa aut sub Conditione instituirt wäre —. Dahingegen wird 3tio das ältere nicht rumpirt, wenn . . . das ältere in dem letzten entweder ausdrücklich, oder per Clausulam Codicillarem[2]) stillschweigend bestätiget wird; denn da bleibt jenes in Vim Fideicommissi, dergestalt, daß der in dem jüngeren benannte Erbe die Erbschaft nach abgezogener Trebellianica dem älteren Testamentserben restituiren muß . . ."

Eine Hinweisung auf das römische Recht könnte man auch in dem Chur-Trier'schen Landrechte von 1713 finden, welches Tit. II § 3 vorschreibt:

„Es fallet auch solche Testamentarische Disposition von selbst, wann der Testirer ein anderes auffgerichtet, auch ohne Meldung deß vorigen: Dann die Rechten nicht leyden, daß einer

---

[1]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 3 def. 39. Testator, immemor prioris sui testamenti judicialis, aliud apud acta disponens prius mutasse censetur. (Leipz. Schöffenspruch von 1634: Hat N. N. ein gerichtliches Testament aufgerichtet und darinnen ihren Ehemann zum Universal-Erben ihrer Verlassenschaft eingesetzt, darnebens auch etliche Legata verordnet, nachmahls aber auch für denen Gerichts-Personen ein ander Testament gemacht, und nebens dem Ehemanne auch ihre Brüder zugleich zu Erben instituiret: So ist durch das letzte Testament das erste, wann sie auch gleich dasselbe vergessen hätte, wiederum aufgehoben und geändert worden, und wird demnach solcher anderer und zuletzt gemachter Verordnung billig nachgelebet.)

[2]) v. Kreittmayr bemerkt dazu, daß aus einem bloßen Schreibfehler Cl. Codicillarem statt Fideicommissariam gesetzt worden.

mit zweyen gültigen Testamenten versterben solle, sondern das letztere, wann es seine Vollkommenheit hat, thut das erstere vernichtigen, unerachtet der im vorigen Testamento eingerudter so genannter Clausulae derogatoriae generalis, specialis oder singularis . . ."

wenn nicht der letztere Zusatz andeutete, daß der vorhergehende Satz nur in dem Sinne gemeint sei, daß nach dem vermuthlichen Willen des Testators das spätere Testament allemal das frühere aufhebe, weil es eben der letzte Wille sei.

Ganz entschieden haben sich aber die neueren Gesetzbücher, nach dem Vorgange unseres Landrechts, von dem römischen Rechte losgesagt.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 713. „Ein früheres Testament wird durch ein späteres giltiges Testament nicht nur in Rücksicht der Erbseinsetzung, sondern auch in Rücksicht der übrigen Anordnungen aufgehoben; dafern der Erblasser in dem letzteren nicht deutlich zu erkennen gibt, daß das frühere ganz oder zum Theil bestehen solle. Diese Vorschrift gilt auch dann, wenn in dem späteren Testamente der Erbe nur zu einem Theile der Erbschaft berufen wird. Der übrig bleibende Theil fällt nicht den in dem früheren Testamente eingesetzten, sondern den gesetzlichen Erben zu." [1])

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2216. „Hat Jemand mehrere letzte Willen nach einander errichtet, ohne in dem späteren den früheren zu widerrufen, so bestehen die mehreren letzten Willen neben einander. Finden sich darin Verfügungen, welche sich nicht mit einander vereinigen lassen, so geht die spätere der früheren vor. Läßt sich nicht ermitteln, welcher letzte Wille der frühere oder der spätere sei, so bestehen sie sämmtlich neben einander und es fallen Verfügungen, welche sich nicht mit einander vereinigen lassen, weg." [2])

Privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich § 2104. „Jedes frühere Testament kann durch ein späteres als aufgehoben erklärt und durch diese Erklärung wirklich aufgehoben werden."

---

[1]) Mit Recht tadelt Unger § 24 Note 13 den zweiten und dritten Satz dieser Vorschrift. Vergl. auch Dworzak, Kurze Erörterungen civilist. Inhalts (in der Allg. österr. Ger.-Ztg. 1865 S. 319 f. 323 f.).

Das westgalic. Gesetzb. II § 500 bestimmte einfach: „Eine spätere gültige Willenserklärung hebt die frühere auf, wenn beide nicht vereinbarlich sind."

[2]) Siebenhaar, Com. III S. 282: Nachdem das Princip nemo pro parte testatus etc. verlassen und der Unterschied zwischen dem Testament und dem Codicill aufgehoben worden war, mußte auch die Regel: nemo pluribus testamentis decedere potest, wegfallen und die entgegengesetzte: quilibet pluribus testamentis decedere potest, in dem B. G.-B. angenommen werden. Hiernach hebt ein späterer letzter Wille den früheren nur dann auf, wenn dieser in jenem entweder geändert oder ausdrücklich widerrufen worden ist...

§ 2105. „Ist in dem spätern Testament die Aufhebung des frühern nicht erklärt, so ist anzunehmen, das erstere sei insoweit abgeändert oder aufgehoben, als der Inhalt des spätern Testamentes im Widerspruch ist mit dem Inhalt des frühern.“ [1])

Großh. Hessischer Entwurf Abth. III Art. 181. „Ist der ältere letzte Wille nicht seinem ganzen Inhalte nach in dem jüngeren ausdrücklich widerrufen, so sind nur die Bestimmungen des älteren als aufgehoben zu betrachten, welche mit denen des jüngeren im Widerspruche stehen, oder sich mit diesen nicht vereinigen lassen.“

Code civ. art. 1036. „Les testaments postérieurs qui ne révoqueront pas d'une manière expresse les précédents, n'annulleront, dans ceux-ci, que celles des dispositions y contenues qui se trouveront incompatibles avec les nouvelles, ou qui seront contraires.“ [2])

363. Die nächste und wichtigste Auslegungsregel, welche unser Landrecht uns gibt, besteht darin, daß das frühere Testament als aufgehoben gilt, wenn die darin enthaltene Erbeinsetzung in dem späteren abgeändert ist (§ 572). [3]) Der § 574 ergibt jedoch, daß eine

---

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 167 f.: Es ist nach unserm Recht möglich, daß zwei Testamente, ein älteres und ein späteres neben einander Bestand und Geltung haben. Wir schließen nicht aus der Existenz eines spätern Testaments auf die Ungültigkeit aller früheren letzten Willensordnungen. Da unser Testament gewöhnlich nur eine Modification der gesetzlichen Erbfolge ist, so können verschiedene Modifikationen einander folgen, ohne sich zu widersprechen. Der spätere Wille wirkt daher nur insofern zerstörend auf die frühere Willensordnung, als er dieser widerspricht.

[2]) Brauer, Erläuter. über den Code Napoleon ꝛc. II S. 440 Nr. 125: Wenn auf der einen Seite bei einer zweiten Willenshandlung Aenderung vermuthet werden muß, sobald der natürliche und volle Wortverstand sie mitbringt, so darf sie jedoch niemals angenommen werden, wo dieser Sinn erfüllt werden kann, ohne eine Aenderung der ersten Verfügung, oder gar eine Aufhebung derselben nothwendig zu machen.

Vergl. auch das Erk. des O. H. G. zu Mannheim vom 11. Novemb. 1862 in Seuffert, Archiv XVI Nr. 132.

[3]) In dem ungedruckten Entwurf war angenommen:

daß das ältere Testament durch ein neueres nur soweit seine Kraft verliere, als es durch dieses ausdrücklich abgeändert worden.

In dem gedruckten Entwurf (Tit. 9 § 370) findet sich aber schon die Vorschrift des Landrechts, zu deren Rechtfertigung und Erläuterung von Suarez in der revisio monitorum Folgendes bemerkt ist:

„Um die Monita richtig zu beurtheilen, muß man m. v. Testamente und Kodicille unterscheiden. Ein späteres Testament enthält allemal seinem Begriffe nach eine neue Erbeseinsetzung. Man kann sicher also annehmen, daß ein späteres Testament das frühere aufhebe, in sofern der Testator nicht ausdrücklich erklärt hat, daß auch das frühere

Abänderung in diesem Sinne nicht anzunehmen ist, wenn in dem späteren Testamente neben dem früher eingesetzten Erben noch ein Anderer zur Erbschaft berufen ist.

Es kommt daher Alles darauf an, ob das spätere Testament den Willen des Erblassers deutlich erkennen läßt, den früher ernannten Erben als Erben beizubehalten, und die später berufenen Erben nur als Miterben ihm an die Seite zu setzen.[1]) Ist dies der Fall, dann gelten beide Verordnungen, soweit sie einander nur beschränken, nicht aufheben, neben einander.

Testament bestehen und also die beiden Erben als Miterben konsiderirt werden sollen. Durch die Aufhebung des früheren Testaments verlieren die darin gemachten Legate ihre Kraft, insofern sie nicht in dem späteren ausdrücklich bestätigt sind. Die dem früheren Testamente beigefügte clausula codicillaris kann auch nicht die Wirkung haben, daß diese Legate subsistiren, weil hier eine deutliche mutatio voluntatis vorhanden ist. Soll hingegen ex declaratione testatoris expressa das spätere Testament mit dem früheren zugleich bestehen, so bestehen auch die im letzteren gemachten Legate, in sofern sie in ersterem nicht ausdrücklich oder dadurch aufgehoben worden, daß der Testator eine rem singularem, die er in einem früheren Testamente vermacht hatte, im späteren einem Anderen zuwendet.

Was hingegen bloße Kodicille betrifft, so ist es Regel, daß die späteren die früheren nicht aufheben, sondern die in allen hinterlassenen Legate präftirt werden müssen, in sofern nicht eine ausdrückliche Aufhebung per ademptionem auf die gedachte Art erfolgt ist."

(Bornemann VI S. 121 f.)

[1]) Die Entscheidung dieser reinen Interpretationsfrage kann ihre Schwierigkeit haben, insbesondere in dem Falle (für welchen das Oesterr. bürg. G.-B. in dem oben angeführten § 713 Bestimmung getroffen hat), wenn in dem früheren Testamente A schlechthin zum Erben eingesetzt, in dem späteren, ohne dessen Erwähnung, B zu einer Quote des Nachlasses als Erbe berufen ist, oder wenn der Fall gerade umgekehrt liegt. Vergl. Bornemann VI S. 122 f. und dagegen Koch Anmerk. 64 zu § 574 d. T. Eine allgemeine Regel läßt sich hier nicht aufstellen. Die obwaltenden Umstände können allein die Entscheidung an die Hand geben.

Auf einer irrigen Auffassung der Grundsätze unseres Landrechts beruht es, wenn Mühlenbruch a. a. O. B. 38 S. 345 f. Note 44 auszuführen sucht, daß in dem im Oesterr. G.-B. § 713 vorgesehenen, im Preuß. L.-R. nicht entschiedenen Falle nach den Prinzipien des Letzteren die spätere Disposition nur als eine Einschränkung der früheren anzusehen sein, der in dieser Eingesetzte wirklicher Erbe bleiben, der später Bedachte aber die Rechte eines bloßen Vermächtnißnehmers haben würde.

364. Eine fernere Auslegungsregel bietet der § 575 — ein Satz, der nach gemeinem Rechte nicht gilt, da hier vielmehr die entgegengesetzte Vermuthung angenommen wird.[1])

365. Die Vorschrift des § 576 stimmt mit der im gemeinen Rechte herrschenden Ansicht überein.[2])

366. Im Allgemeinen ist noch zu bemerken, daß alles das, was in den §§ 572 ff. von der vernichtenden Kraft eines neuen Testaments gesagt ist, auch von einem späteren Erbvertrage gilt, vorausgesetzt, daß letzterer sich auf den ganzen Nachlaß erstreckt.[3])

So bestimmt das Sächsische bürgerl. Gesetzb.:

§ 2218. „Ein letzter Wille kann durch einen Erbvertrag widerrufen werden." [4])

desgleichen das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich:

§ 2109. „Durch einen spätern Erbvertrag kann ein früheres Testament für aufgehoben erklärt oder abgeändert werden." [5])

---

[1]) Paul. l. 33 D. de leg. 1: Si pluribus eadem res legata fuerit . . . separatim, si quidem evidentissime apparuerit, ademtione a priore legatario facta ad secundum legatum testatorem convolasse, solum posteriorem ad legatum pervenire placet; sin autem hoc minime apparere potest, pro virili portione ad legatum omnes venire, scilicet nisi ipse testator ex scriptura manifestissimus est, utrumque eorum solidum accipere voluisse. — (Einen Fall, wo der Ademtionswille klar ausgesprochen ist, behandelt Gaj. l. 5 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Sicut adimi legatum potest, ita et ad alium transferri: veluti hoc modo: „Quod Titio legavi, id Sejo do lego," quae res in personam Titii tacitam ademptionem continet. Vergl. Gebr. Overbeck, Medit. IV Nr. 260.) Vost, com. ad P. 29, 7 nr. 3: — si quis priore codicillo fundum Cornelianum Titio, posteriore fundum Cornelianum Maevio legaverit, magis censeri debeant in fundo illo re conjuncti esse; eo quod, ubi alia conjectura capi potest, cessat praesumtio ademtionis. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 2 nr. 2, 3.

[2]) Es ist in dieser Hinsicht auf Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 45 S. 304—308 und die daselbst angeführten Schriftsteller zu verweisen. Vergl. auch Arndts in Weiske's Rechtslexicon VI S. 298.

[3]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 18. Oktober 1848: Wenn auch durch einen späteren Erbvertrag ein Testament stillschweigend widerrufen werden kann, so setzt dieses doch voraus, daß der Erbvertrag den gesammten Nachlaß des Testirers umfasse. (Seuffert, Archiv VIII. 274.)

[4]) Motive: Die Bestimmung dieses § findet ihre Rechtfertigung theils darin, daß der Erbvertrag nur in der Form eines gerichtlichen Testamentes geschlossen werden kann, theils darin, daß der spätere Erbvertrag dem früheren letzten Willen vorgeht.

[5]) Bluntschli, Erläut. IV S. 169 f.: Der Erbvertrag ist wie das Testament

§ 577. «Hat der Testator in dem späteren Testamente selbst, oder bei dessen gerichtlicher Uebergabe, ausdrücklich erklärt, daß er die Erbeseinsetzung bloß um deswillen geändert habe, weil der in dem früheren ernannte Erbe gestorben sei; und es findet sich, daß dabei ein Irrthum zum Grunde gelegen: so ist das spätere Testament ungültig.»

§ 578. «Ist in diesem Falle das frühere Testament in gerichtlicher Verwahrung zurückgeblieben, so behält dasselbe seine völlige Gültigkeit.»

§ 579. «Die in dem späteren Testamente enthaltenen Verordnungen gelten also nur in so weit, als dadurch Verordnungen des früheren Testaments, außer der Erbeseinsetzung, aufgehoben werden.»

367. Paul. l. 92 D. de hered. inst. (28, 5): Pactumejus Androsthenes Pactnmejam Magnam filiam Pactumeji Magni ex asse heredem instituerat, eique patrem ejus substituerat. Pactumejo Magno occiso, et rumore perlato, quasi filia quoque ejns mortua, mutavit testamentum, Noviumque Rufum heredem instituit, hac praefatione: „Quia heredes, quos volo habere mihi, continere non potui, Novius Rufns heres esto." Pactumeja Magna supplicavit imperatores nostros; et cognitione suscepta, licet modus institutione contineretur, quia falsus non solet obesse, tamen ex voluntate testantis putavit imperator ei subveniendum: igitur pronunciavit, hereditatem ad Magnam pertinere, sed legata ex posteriore testamento eam praestare debere, perinde atque si in posterioribus tabulis ipsa fuisset heres scripta.[1])

---

ein letzter Wille und daher geeignet, eine frühere testamentarische Willensverordnung aufzuheben oder abzuändern. In beiden Beziehungen wirkt der Erbvertrag gegenüber dem früheren Testament in gleicher Weise wie ein späteres Testament wirken würde. Er kann das frühere Testament ausdrücklich aufheben oder durch widersprechende Anordnungen stillschweigend beseitigen. — Dasselbe wird nach Württembergischem Rechte angenommen. Griesinger, Com. VI S. 471.

[1]) Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 476 f.: Genau genommen liegt gar nichts Besonderes darin, daß hier eine directe Succession aus dem früheren Testamente stattfindet, da das zweite ja auf einem wesentlichen Irrthume beruht, mithin eigentlich gar nicht gelten kann. Das Anomale dieser Entscheidung besteht also lediglich darin, daß der frühere Testamentserbe mit Vermächtnissen aus dem späteren ungültigen Testamente belastet wird.

Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 14 nr. 12. Legata

Id. l. 28 D. de inoff. test. (5, 2): Quum mater militem filium falso audisset decessisse, et testamento heredes alios instituisset: Divus Hadrianus decrevit, hereditatem ad filium pertinere: ita ut libertates et legata praesteutur, hic illud adnotatum, quod de libertatibus, legatis adjicitur. Nam, quum inofficiosum testamentum arguitur, nihil ex eo testamento valet.

---

§ 580. »Außer diesem Falle (§ 577. 578) kommt das frühere Testament, welches durch ein späteres aufgehoben worden, wenn auch dieses letztere nicht bestehen kann, dennoch nicht wieder zu Kräften, sondern es findet die gesetzliche Erbfolge Statt.«

§ 581. »Wenn aber bei dem späteren Testamente nicht einmal die Erfordernisse eines gültigen Widerrufs anzutreffen sind, so behält das frühere seine Gültigkeit.«

368. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 349 f.: Durch ein späteres zu Recht beständiges Testament wird das frühere ipso jure aufgehoben und diese Wirkung wird auch dadurch nicht entkräftet, daß das letzte Testament wieder wegfällt, oder sonst ohne Wirkung bleibt.[1]) Mithin ist und bleibt das frühere Testament rumpirt, wenn gleich a. das spätere wirksam widerrufen oder vernichtet wird (l. 92 D. de her. inst. 28, 5, l. 11 § 2 de b. p. sec. tab. 37, 11) oder b. der darin eingesetzte Erbe die Erbfähigkeit verliert, oder sonst aus dem Testamente nichts erhalten kann, oder die Erbschaft ausschlägt, oder c. wenn die Bedingung nicht eintritt, unter welcher der Erbe eingesetzt wurde, wenn nicht die Bedingung eine uneigentliche ist, welche den Erfolg überall nicht suspendirt, also eine conditio in praeteritum oder in praesens collata.

Soll ein solches Testament ein vorausgegangenes zerstören, so muß es jure perfectum sein, d. h. es muß möglicher Weise Jemand daraus Erbe

---

relicta in secundo testamento facto ex falsa causa an debeant praestari. S. Stryk, de caut. test. cap. 24 § 23.

[1]) § 2 J. quib. mod. test. infir. (2, 17): Posteriore quoque testamento, quod iure perfectum est, superius rumpitur. Nec interest, exiterit aliquis heres ex eo, an non. Hoc enim solum spectatur, an aliquo casu existere potuerit. Ideoque si quis aut noluerit heres esse, aut vivo testatore, aut post mortem ejus ante, quam hereditatem adiret, decesserit, aut condicione, sub qua heres institutus est, defectus sit: in his casibus paterfamilias intestatus moritur. Nam et prius testamentum non valet, ruptum a posteriore: et posterius aeque nullas habet vires, cum ex eo nemo heres exiterit.

werden können.[1]) Imperfectum oder non jure factum ist mithin das Testament, wenn gleich anfangs oder bei dessen Entstehung solche Mängel vorhanden sind, die seiner Gültigkeit in den Weg treten.[2])

Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordg. von 1616 Th. III Cap. 9. „— So aber der Testator ein ander Testament zu machen angefangen, und doch durch übereilung des Tods, oder anderen verhinderung halben, dasselbig nicht volendet hat, So bleibt das erste in seinen kräften."

Land-Recht der Markgr. Baaden 2c. von 1710 Th. V Tit. 20 § 4 (s. oben S. 259).

Churf. Maynzisches Land-Recht von 1755 Tit. XIII § 4. „Bestunde aber die letzte dispositio wegen einem oder andern Mangel nicht, so bleibet alsdann die erste bey ihren kräfften, wann solche ohne rechtlichen Mangel sich errichtet befindet."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 28. „Ein älteres Testament wird 1mo durch das jüngere allezeit ipso Jure in allen Stücken wieder aufgehoben, obschon 2do . . . das letztere gar destituirt, oder der Erbe hierin nur — sub Conditione instituirt wäre und die Condition nicht einmal existirte. Dahingegen wird 3tio das ältere nicht rumpirt, wenn das letztere ex Defectu Voluntatis aut Solennitatis in-vel extrinsece ungültig ist . . ."

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2217. „Der in einem späteren letzten Willen geschehene Widerruf eines früheren letzten Willens ist von Wirkung, selbst wenn die übrigen in dem späteren letzten Willen enthaltenen Verfügungen wegfallen . . ."[3])

---

[1]) § 7 J. eod.: — ne alias tabulae priores jure factae irritae fiant, nisi sequentes jure ordinatae et perfectae fuerint: nam imperfectum testamentum sine dubio nullum est. Ulp. l. 2 D. de inj. rupt. (28, 3): Tunc autem prius testamentum rumpitur, quum posterius rite perfectum est ... l. 21 § 3 C. de test. (6, 23): Si quis autem testamento jure perfecto postea ad aliud venerit testamentum, non alias quod aute factum est, infirmari decernimus, quam si id, quod secundo facere testator instituit, jure fuerit consummatum...

Berger, Respons. P. II resp. 201 nr. 1. Testamentum posterius imperfectum non rumpit testamentum prius perfectum.

[2]) Vergl. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X S. 951 f.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 10. Januar 1856: Nach dem bestimmten Ausspruche der Gesetze hat ein späteres Testament, welches ungültig befunden wird, in der Regel nicht die Wirkung, ein früheres an sich gültiges Testament zu rumpiren, und es kann dabei auch gar nichts darauf ankommen, ob in dem späteren ungültigen Testamente das frühere ausdrücklich für aufgehoben erklärt worden. (Zeitschr. für Rechtspfl. und Verwalt. in Sachsen XVI S. 448.)

[3]) So verordnet auch der Code civ. art. 1037. „La révocation fait dans un testament postérieur aura tout son effet, quoique ce nouvel acte reste sans exécution par l'incapacité de l'héritier institué ou du légataire, ou par

369. Ueber die Frage:

ob nicht wenigstens die Codicillarverfügungen durch jedes nachfolgende ungültige Testament aufgehoben werden,

sagt Mühlenbruch a. a. O. S. 467 f.:

Allerdings muß der bestimmt erklärte Wille des Testirers, daß die Vermächtnisse nicht gelten sollen, immer berücksichtigt werden. Findet sich aber eine solche in bestimmter Beziehung auf Vermächtnisse ausgesprochene Erklärung nicht, so ist es gewiß sehr natürlich, daß auch alle Anordnungen eines Testaments erhalten werden, das durch ein späteres nicht zerstört werden konnte. So entscheidet auch l. 18 D. de leg. 3.[1]) Ist das Testament im Ganzen nicht aufgehoben, so müssen im Zweifel auch die einzelnen Verfügungen desselben bei Kräften bleiben.[2])

---

§ 582. «Ist das spätere Testament zurückgenommen, das frühere hingegen in gerichtlicher Verwahrung aufbehalten worden; so bleibt letzteres, wenn es nicht sonst auf eine rechtsbeständige Art widerrufen ist, gültig.»

370. Mühlenbruch a. a. O. S. 478 f.: Der Prätor gibt auch aus einem nach Civilrecht zerstörten Testamente eine secundum tabulas bon. poss., ob sie aber cum re oder sine re sei, hängt von den Umständen ab und zwar insbesondere von dem Willen des Testirers, welcher hier dem früheren Testamentserben zur Seite steht. Wenn nach röm. Recht eine wirk-

---

leur refus de recueillir." Ebenso nimmt die Französ. Jurisprudenz an: La révocation contenue dans un testament nul pour vice de formes est sans effet. Les Codes annotés de Sirey Vol. I art. 1037 nr. 3.

[1]) (Pompon.) Si jure testamento facto fideicommissum tibi reliquero, deinde postea aliud fecero non jure, in quo fideicommissum relictum tibi, vel aliud quam quod priore testamento, vel omnino non sit relictum: videndum est, mens mea haec fuerit facientis postea testamentum, ut nolim, ratum tibi sit priore testamento relictum: quia nuda voluntate fideicommissa infirmarentur. Sed vix id obtinere potest; fortassis ideo, quod ita demum a priore testamento velim recedi, si posterius valiturus sit; et nunc ex posteriore testamento fideicommissum ei non debetur, etiamsi iidem heredes utroque testamento instituti, ex priori extiterunt. Vergl. Pufendorf, Obs. jur. univ. II obs. 116.

[2]) Vergl. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 1 nr. 39. Testamentum intelligitur revocatum, si posterius valeat, et non aliter. Donell. com. de jure civ. Lib. VIII cap. 17 § 9.

same b. p. aus einem Testamente gegeben wird, so darf jetzt geradezu von einem rechtsgültigen Testamente gesprochen werden. Wir können also practisch diesen Satz so ausdrücken: das durch ein späteres Testament vernichtete, aber noch materiell vorhandene Testament wird wieder vollkommen gültig, wenn der Erblasser jenes in der Absicht cassirt, daß dieses gelten soll.[1])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 3 § 28. „— 4to Reconvalescirt auch das ältere, wann das letzte in Ansehen des ersten wiederum cassirt worden . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 723. „Hat der Erblasser eine spätere Anordnung vernichtet, die frühere schriftliche Anordnung aber unversehrt gelassen, so kommt die frühere schriftliche wieder zur Kraft —."[2])

Löwenberg, Motive der Preuß. Gesetzgebung I S. 281 f.: Die Regel des § 580 d. T. schließt die Ausnahme nicht aus, wenn das zweite Testament deshalb nicht bestehen kann, weil es widerrufen ist, und der Testator zugleich bei diesem Widerrufe in der Testamentsform erklärt, daß das erste, gerichtlich deponirt gebliebene Testament wieder in Kraft treten soll. In diesem Falle lebt das erste Testament wieder auf. Der Widerruf ist alsdann wegen der beigefügten Erklärung:

daß das erste Testament wieder gelten soll,

als ein drittes Testament zu erachten, welches im Verhältnisse zum ersten wie ein referens zum relatum steht. Gegen eine solche Bezugnahme läßt sich aber um so weniger etwas einwenden, da auch bei dem ersten Testamente — dem relatum — alle Formen beobachtet sind. Ferner läßt sich aus dem § 39 des Anhangs deduciren, daß das erstere Testament wiederum zu Kräften kommen könne, wenn das letztere wegfällt.

---

[1]) Papin. l. 11 § 2 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): — — Plane si sui juris effectus codicillis, aut aliis literis eodem testamento se mori velle declaraverit, voluntas, quae defecerat, judicio recenti rediisse intelligetur, non secus, ac si quis aliud testamentum fecisset, ac supremas tabulas incidisset, ut priores supremas relinqueret. Nec putaverit quisquam, nuda voluntate constitui testamentum; non enim de jure testamenti maxime quaeritur, sed viribus exceptionis, quae in hoc judicio, quamquam actori opponatur, ex persona tamen ejus, qui opponit, aestimatur.

Vergl. Vinnii com. in § 6 J. 2, 17 nr. 3.

[2]) Vergl. Marcadé, Abriß des Franz. Civilr. (ins Deutsche übertragen von A. Pfaff) I S. 378: Die Frage, ob die Zurücknahme des Widerrufs das widerrufene Testament wieder aufleben lasse, ist eine Frage der Absicht, die nur in den Umständen ihre Beantwortung finden kann.

§ 583. «Durch spätere Codicille, wodurch bloße Vermächtnisse bestimmt worden, werden frühere in der Regel nicht aufgehoben.»

§ 584. «Es müssen also die in beiderlei Codicillen ausgesetzten Legate entrichtet werden, insofern nicht die spätere Disposition die frühere ausdrücklich aufhebt, oder sonst von der Art ist, daß die frühere damit unmöglich bestehen kann (§ 575).»

§ 585. «Wenn ein Testament und Codicill zugleich übergeben worden, so wird, wenn nicht aus den beigefügten Datis ein Anderes erhellet, angenommen, daß das Codicill später, als das Testament errichtet sei.»

§ 586. «Wenn in dem späteren Codicill einer in der früheren Disposition schon bedachten Person ein Legat angewiesen wird, so ist im zweifelhaften Falle, und wenn nicht aus der Fassung der späteren Disposition ein Anderes erhellet, der Legatarius nur das spätere Vermächtniß zu fordern befugt.»

371. Auch nach römischem Recht gilt in Ansehung der Codicille — und zwar hier im entschiedenen Gegensatze von Testamenten[1]) — der Grundsatz: Codicillos etiam plures quis facere potest.[2]) Die auch zu verschiedenen Zeiten getroffenen Codicillarverfügungen gelten, sofern nicht ein entgegengesetzter Wille erkennbar ist, neben einander.[3])

[1]) Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 44 S. 136 f.: Der Satz, daß das jüngere Codicill das ältere nicht von selbst aufhebt, daß also Jemand mit Hinterlassung mehrerer gültiger Codicille versterben kann, hängt genau mit dem Grundsatze zusammen, daß in einem Codicille keine Anordnungen über die directe Erbfolge getroffen werden können. Die Ruption des älteren Testaments durch das jüngere beruht darauf, daß die familia, als die vermögensrechtliche Persönlichkeit des Erblassers, immer nur ganz mancipirt werden konnte, daß das jüngere Testament daher nothwendiger Weise mit dem älteren in Collision gerathen und als ultima voluntas demselben vorgehen mußte. Von einer solchen, zur Realisirung der directen Erbfolge nothwendigen familiae mancipatio war aber bei dem Codicille keine Rede. Die einzelnen Verfügungen in den verschiedenen Codicillen können sich vielmehr möglicher Weise auf ganz verschiedene Gegenstände beziehen. Ja selbst wenn die verschiedenen Codicille sich auf denselben Gegenstand beziehen, wird dadurch noch keineswegs ein unbedingter Vorzug des jüngsten Codicilles nothwendig...

[2]) § 3 J. de codic. (2, 25), l. 6 § 1 D. de jure cod. (29, 7).

[3]) Donell., com. de jure civ. Lib. VII cap. 19 § 16: — Si quis prioribus

Erneuert. Land-Recht des Hertzog. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 26 § 6. „Und mag einer so vil Codicill machen, als ihme geliebt, welche alle, sofern sie einander nicht zuwiderlaufen, gehalten werden; oder, da sie einander zuwider, allein der letste kräfftig seyn solle." [1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 714. „Durch ein späteres Codicill, deren mehrere neben einander bestehen können, werden frühere Vermächtnisse oder Codicille nur insofern aufgehoben, als sie mit demselben im Widerspruche stehen." [2])

Sind dagegen die Verfügungen widersprechenden Inhalts, so gilt nur die spätere.[3])

Revid. L.-R. des Hertzog. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 10 Art. 2 § 1. „— Also werden auch die Codicilli unkräfftig, wann der Testirer dieselbe wiederumb auffhebt und revociret: Oder aber andere auffrichtet, so den vorigen gantz und gar zuwieder seynd."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 5 § 10. „— 4to Durch ein jüngeres Codicill oder Testament wird das ältere Codicill ab Intestato nur alsdann aufgehoben, wenn solches ausdrücklich in dem letzteren also gemeldet wird, oder eins dem andern dergestalt konträr ist, daß beide nicht beysammen bestehen können. Außer dessen bleiben die älteren und jüngeren, so viel deren immer sind, neben einander stehen."

Aus diesem Grunde ist es von Wichtigkeit, das Zeitverhältniß der mehreren Codicille festzustellen.[4]) Ist dies unmöglich, so wird nach

---

codicillis factis, alios facit, deinde etiam alios, dummodo non contrarios, omnes valent. Idque est, quod traditur, posse unumquemque plures codicillos facere.

[1]) Gleichlautend Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 27 § 3, Frankfurt. Reform. von 1611 Th. IV Tit. 12 § 6, revid. L.-R. des Hertz. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 10 Art. 1 § 3. L.-R. der Markgr. Baaden 2c. von 1710 Th. V Tit. 23 § 3.

[2]) Das Sächs. bürg. G.-B., welches den Unterschied zwischen Testament und Codicill nicht kennt, enthält im § 2216 nur die schon oben (S. 261) angeführte allgemeine Vorschrift.

[3]) Pompon. l. 12 § 3 D. de leg. 1: In legatis novissimae scripturae valent, quia mutari causa praecedentis legati vel die, vel conditione, vel in totum ademtione potest... l. 19 C. de fideic. (6, 42): Clari et aperti juris est, in fideicommissis posteriores voluntates esse firmiores. l. 3 C. de cod. (6, 36): Quum proponatis, pupillorum vestrorum matrem diversis temporibus ac dissonis voluntatibus duos codicillos ordinasse: in dubium non venit, id, quod priori codicillo inscripserat, per eum, in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si a prioris tenore discrepat, et contrariam voluntatem continet, revocatum esse.

[4]) Unser Landrecht enthält hierüber keine Bestimmung, da der § 585 sich nur auf den Fall bezieht, „wenn ein Testament und Codicill zugleich über-

dem Billigkeitsprinzipe unseres Landrechts der § 542 d. T. zur Anwendung zu bringen sein,[1]) während nach gemeinem Recht keines der einander widersprechenden Codicille zum Vollzuge gelangen kann.[2])

Steht die Zeitfolge der vorliegenden mehreren Codicille fest, handelt es sich aber um die Frage, ob das spätere eine Abänderung des früheren enthalte, so kann Derjenige, der sein Recht auf das frühere Codicill stützt, dasselbe so lange geltend machen, bis ihm die Entziehung desselben (die ademtio) nachgewiesen wird. Denn nach dem oben gedachten Grundsatze wird das frühere Codicill durch das spätere an sich nicht entkräftet. Es besteht also neben diesem fort, sofern nicht das letztere einen entgegengesetzten Willen erkennen läßt. Für diese voluntas contraria (den Ademtionswillen) streitet keine Vermuthung; sie muß daher von Demjenigen bewiesen werden, der sich darauf beruft.[3])

---

geben worden." Die ältere gemeinrechtliche Doctrin stellt die Präsumtion auf: Codicilli posteriores intelliguntur, in quibus adimitur quod datum est. (Mautica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 4 nr. 11.) Vergl. Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 34 tit. 67 not. γ: ... II. Si duo reperiantur codicilli, de quorum tamen prioritate vel posteritate constare nequeat, quia ambo uno siut die forsan confecti, inque uno legatum relictum, in alio vero istud ademtum reperitur, uter sit posterior, is censetur posterior, in quo ademtum est legatum, quia privatio, ut est ademtio, semper est posterior habita. Diese Satzung ist ganz werthlos. Denn stellt sich die in dem einen Codicill getroffene Verordnung als eine ademtio dar, so brauchen wir jene Präsumtion gar nicht. Ist es aber eben zweifelhaft, welches von den verschiedenen Codicillen die ademtio enthalte (z. B. in dem einen ist eine bestimmte Sache dem A, in dem andern eben dieselbe Sache dem B vermacht), so läßt sie uns vollständig im Stich.

[1]) So verordnet auch das Oesterr. bürg. G.-B. § 715. „Kann man nicht entscheiden, welches Testament oder Codicill das spätere sei, so gelten, insofern sie neben einander bestehen können, beide, und es kommen die im Hauptstücke von der Gemeinschaft des Eigenthums aufgestellten Vorschriften zur Anwendung."

[2]) v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 5 § 10: — Wann man aber nicht weiß, welches von beeden gegen einanderlauffenden Codicillen jünger oder älter seye, so gilt keins von beeden, weil alsdann die bekannte Rechts-Regul eintritt, quod de duobus inter se pugnantibus neutrum valeat. l. 188 D. de R. J.

[3]) Ulp. l. 22 D. de prob. (22, 3): Eum, qui voluntatem mutatam dicit, probare hoc debere. Eine abweichende Bestimmung enthält das Churf. Maynzische Land-Recht von 1755 Tit. XII § 5: „Es wird auch ein Legatum, es seye vermacht wem, und wohin es wolle, aufgehoben durch eine andere jüngere letzte Willens-Verordnung, wann nicht in dieser letzteren die erste ausdrücklich beybehalten wird, obschon in derselben die Legata der vorigen disposition nicht ausdrücklich aufgehoben wären."

Nur in Betreff des im § 586 vorgesehenen Falles wird eine Rechtsvermuthung für die Aufhebung der früheren Vermächtnißanordnung aufgestellt — eine Ausnahmevorschrift, die ihren natürlichen Grund darin hat, daß sich nicht annehmen läßt, der Erblasser habe gegen eine und dieselbe Person eine doppelte Freigebigkeit ausüben wollen.[1]) Der Gegenbeweis gegen diese Rechtsvermuthung kann übrigens nur „aus der Fassung der späteren Disposition" entnommen werden.[2])

372. Unser Landrecht bestimmt nichts über den Einfluß eines Testaments auf das darin unerwähnt gebliebene frühere Intestatcodicill. Es wird jedoch kein Bedenken haben, auf diesen Fall die Vorschrift des § 573 analog zur Anwendung zu bringen.[3])

---

[1]) Mantica, de conj. ult. vol. Lib. VI tit. 11 nr. 27, 28: — multiplicatio legatorum magis praesumitur in diversis personis, quam in una et eadem persona ... et recipiendum est, quod testator non praesumitur voluisse gravare heredem suum duplici praestatione —. Menoch., de Praesumt. Lib. IV praes. 128 nr. 4: — quando quantitas saepius legatur, semel tantum debetur, nisi constet evidenter, testatorem voluisse bis praestari...

In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf die Abhandlung Schrader's über die Frage: „Wenn in zwei mit einander geltenden letztwilligen Verordnungen Demselben erst eine kleinere, dann eine größere Summe vermacht, hat man das im Zweifel als Vermehrung des Vermächtnisses, oder als eine Ertheilung eines neuen zu dem vorigen anzusehen?" (im Archiv für die civil. Praxis B. 33 S. 1—25). Nach einer vollständigen Zusammenstellung aller hierher gehörigen Quellenaussprüche gelangt der Verf. zu dem Ergebnisse, daß bei doppelter Zuwendung derselben Summe unter den älteren röm. Juristen, die in ihren Ansichten getheilt waren, die Meinung vorherrschte, welche sich im Zweifel für die Gültigkeit der mehreren Legate aussprach, daß jedoch späterhin, gestützt auf ein Rescript des Antoninus Pius (l. 34 § 3 D. de leg. 1), die entgegengesetzte Ansicht durchaus die Oberhand behielt, daß aber bei Verschiedenheit der vermachten Summen in den Quellen vollkommene Uebereinstimmung darüber herrscht, daß im Zweifel der Legatar nicht beide zusammen zu fordern habe.

[2]) Erkenntniß des Ober-Trib. vom 12. Oktober 1863: Der Appellationsrichter nimmt mit Recht an, daß die Aufrechthaltung des älteren Legats aus der Fassung des neueren Codicilles hervorgehen müsse. Das Gesetz verlangt keine Aufrechthaltung des älteren Legats mit ausdrücklichen Worten. Es soll ausreichen, wenn das jüngere Codicill eine dahin gehende Absicht des Testators durch seine Fassung zu erkennen gibt. Weiter ist die Ausnahme nicht ausgedehnt. Es folgt daraus, daß die bei anderen Gelegenheiten, vor oder nach Errichtung des Codicills, abgegebenen Willensäußerungen des Erblassers nicht zu berücksichtigen sind. (Striethorst, Archiv B. 52 S. 24 f.)

[3]) So entscheidet Papinian. l. 5 D. de jur. cod. (29, 7): Ante tabulas testamenti codicilli facti non aliter valent, quam si testamento, quod postea factum est, vel codicillis confirmentur, aut voluntas eorum quo-

d. **durch ausdrücklichen Widerruf.**

§ 587. «In der Regel kann Jemand nur auf eben die Art, wie er testiren kann, auch die einmal errichtete Disposition widerrufen.»

§ 588. «Doch kann unter eben den Umständen, und mit eben den Erfordernissen, wie Jemand eine privilegirte Disposition errichten kann, auch eine vorher förmlich und gerichtlich errichtete Verordnung widerrufen werden.»

§ 589. «Dagegen kann ein unter gesetzmäßigen Erfordernissen einmal errichtetes privilegirtes Testament unter Umständen, wo das Privilegium nicht mehr Anwendung findet, nur mit Beobachtung der Erfordernisse eines förmlichen gerichtlichen Testaments widerrufen werden.»

§ 590. «Die Wirkungen eines unter privilegirten Umständen geschehenen Widerrufs dauern nur so lange, als die Gültigkeit eines unter gleichen Umständen errichteten Testaments dauern würde.»

§ 591. «Ist aber das frühere Testament zurückgenommen worden, so bleiben die Wirkungen dieser Zurücknahme stehen, wenngleich der ausdrückliche Widerruf, wegen Mangels der gehörigen Erfordernisse, wegen des Zeitverlaufs oder sonst, an sich unkräftig wäre.»

§ 592. «Wenn hingegen der Widerruf an sich mit den gehörigen Erfordernissen versehen ist; so schadet es der Kraft desselben nichts, wenngleich das widerrufene Testament selbst nicht zurückgenommen worden.»

373. Diese mit unnöthiger Weitläufigkeit gefaßten Bestimmungen enthalten das Grundprinzip:

Ein Testament kann nur — aber auch jedenfalls — in der

---

cunque judicio retineatur; sed non servabuntur ea, de quibus aliter defunctus novissime judicavit. (Vergl. dagegen § 1 J. de cod. 2, 25.) Diese Ansicht ist auch im gemeinen Recht, namentlich in der älteren Doctrin, die herrschende van Bynkershoek, Obs. jur. Rom. Lib. VIII cap. 13. Pufendorf, Obs. jur. univ. IV obs. 113. Vergl. Fein, Forts. des Glück'schen Com. B. 44 S. 168 f. und die Note 42 angef. Schriftsteller. — Die Materialien zum Landrecht geben keinen genügenden Aufschluß. Bornemann VI S. 123 f. Löwenberg a. a. O. S. 161, 162 Note.

zur Zeit der Willensänderung anwendbaren **Testamentsform** widerrufen werden.

Es liegt hierin eine wesentliche Abweichung vom römischen Recht, welches ursprünglich einen **bloßen**, wenn auch mit den Testamentssolennitäten versehenen, **Widerruf** (ohne Errichtung eines neuen Testaments) gar nicht und späterhin nur nach Ablauf von zehn Jahren zuließ.[1])

Schon früh hatte sich im gemeinen Recht eine Art von Gewohnheitsrecht gebildet, welches die von Justinian in l. 27 C. de test. (6, 23), unter Modification einer Bestimmung seiner Vorgänger **Honorius** und **Theodosius**, angeordnete Beschränkung des Testamentswiderrufes durch den gleichzeitig erforderten zehnjährigen Zeitablauf außer Uebung brachte,[2]) wiewohl es allerdings zu keiner Zeit an

---

[1]) In Betreff des röm. Rechts ist zu verweisen auf **Mühlenbruch**, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 250 ff. **Heimbach**, sen. in Weiske's Rechtslexicon X S. 936—944, S. 946, 947. Vergl. auch **Emminghaus** im Archiv für die civil. Praxis B. 22 S. 269 f.

[2]) **Voet**, com. ad P. XXVIII, 3 nr. 1: — nihil vetat, quominus testator coram septem testibus idoneis specialiter rogatis, aut secundum jus nostrum coram tabellione et duobus testibus, solenniter declaret, se suum revocare testamentum et intestatum mori velle, **atque ita testamentum protinus hoc ipso ruptum efficiat**; cum aequum simul ac naturali rationi conveniens sit, eodem genere unumquodque dissolvi, quo colligatum est, atque etiam testator hac ratione videatur nuncupasse sibi heredes illos, quibus ab intestato ex legis dispositione successio debetur . . . **Groenewegen**, de legib. abrog. et inusit. ad Iust. III, 17 § 7: — Haec autem Romani juris scrupulosa subtilitas aliena est a simplicitate testatorum, qui contrariae voluntatis declaratione videntur voluisse decedere intestati, quorumque suprema voluntas semper primum locum obtinere debet. Ideoque quemadmodum testamentum in scriptis sola cancellatione infirmatur, ita et testamentum nuncupativum nuda contraria voluntate et absque nova heredis nuncupatione revocari alii DD. sentiunt — atque ita judicatum referunt —. Itaque Hollandiae Curia Provincialis in contradictorio judicio censuit M. Jul. 1644 . . . Id. ad Cod. VI, 23 l. 27: Siquis condito testamento coram tribus testibus contrariam aperuerit voluntatem, et post primi testamenti confectionem decennium fuerit emensum: tunc irritum est testamentum tam ex contraria voluntate, quam ex cursu temporali . . . Hoc in Gallia abrogatum esse testetur Autumn. Quidquid sit, hanc l. singularem et communibus juris regulis contrariam esse constat . . . Qua ratione num, si casus eveniret, haec l. in foro reciperetur, adeoque et imperfecta revocatione una cum decennii lapsu solenne testamentum infirmaretur, ego quidem semper dubitavi . . . **Carpzov**, Jurispr. for. P. III const. 5 def. 27: Quum eadem solennitas ad revo-

Widerspruch unter den Rechtslehrern fehlte.[1]) So viel ist aber gewiß, daß jene, wenn auch nicht zu einem wahren Gewohnheitsrechte erhobene Ansicht über die heutige Unanwendbarkeit des Justinianischen Rechts in der fraglichen Beziehung durch die deutschen Partikularrechte ihre volle Bestätigung gefunden hat.[2])

Erneuert. Land-Recht des Hertzog. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 20 § 2. „So dann einer sein auffgericht Testament eintweder vor Gericht, oder vor vier Ehrlichen hierzu taugenlichen Personen widerrufft, und solches durch den Hinderlaßnen Erben gnugsam bewisen würde, soll dasselbig hernach kein krafft mehr haben, da er schon bey solcher Widerruffung nicht auch gemeldt, daß er ohne Testament absterben, oder haben wölle, daß sein Gut auff seine ab intestato succedirende Erben fallen solle.“ [3])

Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 16 § 3. „Derohalben, wo jemands sein aufgericht testament kündlich widerrufen thete, soll es hernacher kein kraft noch würklichkeit mehr haben. Allein daß die widerrufung, enderung, minderung, oder mehrung vorgemachter testament, durch ebenmäßige solenniteten, mit denen sie aufgericht, auch abgethan oder geendert werden, nemlich vor Gericht, Stadtschreiber und gezeugen, oder sonsten durch ander ordentliche weise.“ (Wörtlich aufgenommen in das revid. L.-R. des Hertzog. Preußen von 1685, verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721, Buch V Tit. 6 Art. 1 § 4.)

---

cationem testamenti requiratur, quae in ejus confectione intervenit, apparet inde, sola testatoris voluntate in judicio declarata revocari testamentum, quod antea judicialiter conditum fuit —. Berlich. Concl. practicab. P. III concl. 4 nr. 53. Richter P. I dec. 54 nr. 18. Besold. T. IV cons. 144 nr. 10. F. L. Haspel, diss. de lapsu decennii ad revocationem verbalem testamenti non necessario. Erlang. 1758. Vergl. auch Griesinger, Com. des Württ. R. Bd. VI S. 470 Note h.

[1]) Vinnii com. in § 7 J. 2, 17. Lauterbach, Colleg. Pand. Lib. 28 tit. 3 § 13. S. Stryk, de caut. test. cap. 24 § 38 u. A.

[2]) Die Landes-Ordn. der Fürstl. Graffschaft Henneberg von 1539 Buch III Tit. 3 Kap. 10 § 2 behält das röm. Recht noch theilweise bei, indem sie bestimmt: „Aber alle andere Testament, Ordnung und Uebergabungen (im § 1 ist von vertragsmäßigen Uebergaben gehandelt), mögen durch gleichmässige vollkommen Vermächnüß aufgehebt, oder zum wenigsten im Beywesen fünff tüglichen Gezeugen widerrüfft werden, es wäre dann, daß der widerrüfft letzte Wille zehen Jahr, von Zeit als er aufgericht, bestehen wäre blieben, alsdann mag er nach Verscheinung solcher Zeit in Beywesen dreyer Gezeugen widerrüfft, und sonsten, so durch die Widerruffung die nechste Leibs- und Bluts-Erben, vermittelst eines andern beständigen Testaments, eingesetzt, durch zween Gezeugen abgethan werden.“

[3]) Griesinger, Com. über das Württ. L.-R. VI S. 469 f. macht auf die Abweichung dieser Vorschrift vom röm. R. aufmerksam; desgl. Reyscher, Com. III § 685 Note 1.

Chur-Triersches Land-Recht von 1713 Tit. II § 2. „Welches geschicht (nämlich der Widerruf des Testaments), wann der Testirer vor dergleichen Personen und mit denen zu Auffrichtung eines Testament's verordneten Solennitäten selbst münd- oder schriftlich erkläret, daß er seinen letzten Willen nicht mehr gehalten, sondern gantz aufgehoben haben wolle, ohne daß es nöthig seye, die in gemeinen Rechten enthaltene zehnjährige Zeit zu erwarten."

Churf. Mayntzisches Land-Recht von 1755 Tit. XIII § 7. „Ferner wird eine Dispositio aufgehoben, wann der Testator dieselbe vor so viel Zeugen, als oben bey Machung eines Testament's erfordert werden, oder denen Gerichten wiederruffet, und aufhebet, ob er schon keine andere Disposition gemacht hätte, und succediren alsdann seine nächste Erben ab Intestato."

Das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) hat (in ähnlicher Weise wie die oben S. 276 Note 2 angeführte Henneberg'sche Landes-Ord.) das römische Recht zum Theil festgehalten, indem es Th. III Kap. 3 § 26 bestimmt:

„— Der bloße Widerruf soll 3tio sowohl bei privilegirten, als anderen Testamenten, entweder gerichtlich, oder wenigst vor sieben tüchtigen Zeugen öffentlich geschehen. Sind nun 4to der Zeugen weniger, doch wenigst drey gewesen, so gilt der Widerruf nur quoad Legata, und andere dergleichen Particular-Geschäfte, quoad Institutionem vel Substitutionem aber andergestalt nicht, als wenn von Zeit des Widerrufes zehn Jahre verflossen sind." [1])

Die neueren Gesetzgebungen legen, gleich den älteren Partikularrechten, dem in vorgeschriebener Form erfolgten Widerrufe letztwilliger Verordnungen, ohne Unterschied ihres Gegenstandes, sofortige Wirkung bei. [2])

---

[1]) v. Kreittmayr a. a. O. bemerkt dazu: „Worinfalls sich aber inter Jus commune et Bavaricum eine mehrfache Differenz bezeigt, dann obwohl der Widerruf, welcher nur vor drey Zeugen geschehen ist, auch de jure Bavarico andergestalt nicht als nach obigen Zeit-Verlauf gilt, so verstehet sich doch solches nur von dem Puncto in — vel substitutionis, wohingegen es der Vermächtnüssen und anderer Geschäften halber keiner gewissen Zeit mehr bedarf, sondern drey Gezeugen seynd hierin genug. Desgleichen braucht es auch quoad Punctum in — vel substitutionis nach Bayerischen Rechten keiner Zeit mehr, wann der Widerruf öffentlich vor sieben Zeugen geschiehet."

[2]) Oesterreich. bürg. G.-B. § 717. „Will der Erblasser seine Anordnung aufheben, ohne eine neue zu errichten, so muß er sie ausdrücklich entweder mündlich oder schriftlich widerrufen, oder die Urkunde vertilgen." § 719. Ein mündlicher Widerruf einer gerichtlichen oder außergerichtlichen letzten Anordnung erfordert so viele und solche Zeugen, als zur Giltigkeit eines mündlichen Testamentes nöthig sind; ein schriftlicher aber eine von dem Erblasser eigenhändig geschriebene und unterschriebene, oder wenigstens von ihm

374. Unter der im § 587 zum Widerrufe des letzten Willens erforderten Testamentsform ist nicht auch die Versiegelung und gerichtliche Niederlegung der Widerrufsurkunde zu verstehen.

Löwenberg, Motive der Preuß. Gesetzgebung I S. 259 Note: — Aus den Materialien ergibt sich, daß das Versiegeln und die Annahme des Widerrufs zum Depositum von Niemandem in Antrag gebracht oder für nöthig erachtet worden, sondern daß man nur die Gewißheit des Willens in eben dem Grade, wie bei Testamenten, für nothwendig hielt: also die Erklärung vor einem vollständig besetzten Gerichte. Ueberdies gehören auch die Versiegelung und Annahme zum Depositum nicht mehr zur Errichtung eines Testaments, sondern es sind dies nur Sicherheitsmaaßregeln, um die Verfälschung zu verhindern. Bei dem bloßen Widerrufe sind solche Verfälschungen nicht leicht zu befürchten, und wenn man erwägt, daß in dem Widerruf eines Testaments doch zugleich die Absicht liegt, dasselbe aus dem gerichtlichen Deposito zurück zu erhalten und daß daher die Zurückgabe desselben auch bewirkt werden muß, so erscheint die Versiegelung nicht einmal zweckmäßig.

---

und den zu einem schriftlichen Testamente erforderlichen Zeugen unterfertigte Erklärung."

Großh. Weimarsches Gesetz vom 1. April 1839. „Testamente, d. h. letztwillige Verfügungen, durch welche Erben ernannt, oder Enterbungen ausgesprochen sind, können, ganz oder theilweise, nur unter Beobachtung derselben Formen gültig widerrufen werden, unter welchen Testamente zu errichten sind; aber hierneben soll zur Wirksamkeit weder auf das Alter des widerrufenden Testaments etwas ankommen, noch dessen Zurücknahme aus etwaiger gerichtlicher Verwahrung, oder dessen Vernichtung, oder die Errichtung eines neuen Testaments erforderlich seyn." (Emminghaus im Archiv für die civ. Praxis B. 22 S. 272 f.)

Sächs. bürg. G.-B. § 2212. „Der Widerruf kann nur in der Form geschehen, in welcher der Widerrufende einen letzten Willen errichten kann, gleichviel in welcher Form der letzte Wille, welcher widerrufen wird, errichtet worden ist." Privatrechtl. G.-B. für den K. Zürich § 2103. „Zur Abänderung eines Testamentes bedarf es einer der Formen, welche für die Errichtung eines solchen nothwendig sind, aber nicht nothwendig der gleichen Form, nach welcher das frühere Testament entstanden ist." § 2108. „Ein öffentliches Testament kann auch dadurch aufgehoben werden, daß der Testator seinen Willen, das Testament zu vernichten, dem Notar persönlich erklärt und die entkräftete Originalurkunde heraus begehrt.„ Code civ. art. 1035. „Les testaments ne pourront être révoqués, en tout ou en partie, que par un testament postérieur, ou par un acte devant notaires, portant déclaration du changement de volonté." Großh. Hessischer Entw. Art. 178. „Der ausdrückliche Widerruf einer letztwilligen Verfügung kann nur unter Beobachtung einer der Formen geschehen, welche für die Errichtung eines letzten Willens vorgeschrieben sind. Der Widerruf ist in einer jeden dieser Formen zuläßig, ohne Rücksicht darauf, in welcher Form die widerrufene letztwillige Verfügung errichtet worden war."

375. Ein letzter Wille kann seinem ganzen Inhalte nach, oder auch nur theilweise widerrufen werden. Ein Widerruf der letzteren Art ist die in Bezug auf eine unbedingte Erbeinsetzung später erfolgte Beifügung einer Bedingung. Es liegt hierin ein bedingter Widerruf des Erbeinsetzungswillens, welcher daher die Testamentsform erfordert.[1])

Umgekehrt enthält es einen, der gleichen Form unterliegenden Widerruf des bedingten Erbeinsetzungswillens, wenn die früher gestellte Bedingung in einer späteren Erklärung erlassen wird.[2])

Dies ist auch von unserem Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 28. November 1853 (in Sachen der Wittwe Böhmann wider die Wittwe Ruhrmann B. 611) angenommen worden.[3])

---

[1]) § 2 J. de codic. (2, 25): — nec conditionem heredi instituto codicillis adjicere, neque substituere directo potest. (Aus Marcian. l. 6 pr. D. de jure cod. 29, 7.) Modestin. l. 27 § 1 D. de cond. inst. (28, 7): Heredi, quem testamento pure instituit, codicillis scripsit conditionem. Quaero, an ei parere necesse habeat? Modestinus respondit: hereditas codicillis neque dari neque adimi potest; porro in defectu conditionis de ademtione hereditatis cogitasse intelligitur. Mayer, die Lehre von den Legaten und Fideic. Abth. I S. 60, 61: Auch eine Entziehung (ademtio), welche die Eigenschaft einer wirklichen Enterbung nicht hat, kann in einem Kodizill nicht vorgenommen werden und deßhalb ist es unzuläßig, eine unbedingte Einsetzung durch ein Kodizill in eine bedingte zu verwandeln, da hier auf den Fall des Nichteintritts der Bedingung eine wahre ademtio vorläge.

[2]) Voet, com. ad P. 29, 7 nr. 3: — Sed nec conditio institutioni addita, in codicillis demi potest; cum hoc ipso hereditas daretur in casu, quo conditio adscripta defecisset. Mayer a. a. O.: Es versteht sich von selbst, daß die einer Erbeinsetzung hinzugefügte Bedingung durch eine kodizillarische Anordnung nicht beseitigt werden kann, weil dann auf den Fall ihres Nichteintritts die Erbeseinsetzung ihre Wirksamkeit dem Kodizill verdanken würde.

[3]) In einem Testamente der Eheleute R. war B. unter der Bedingung zum Erben eingesetzt, daß er eine von den Töchtern des NN. heirathe. In einem späteren notariellen Vertrage hatten die Testatoren dem B. die gedachte Bedingung erlassen. Dieser Erlaß ist in allen Instanzen für unwirksam erklärt worden. Der höchste Gerichtshof sagt hierüber: Es steht fest, daß dem B. zur Zeit des Abschlusses des Vertrages ein wirklich gewordenes Erbrecht aus dem Testament nicht zustand. Denn ohne Erfüllung der gesetzten Bedingung konnte von einem erworbenen Erbrechte aus dem Testamente weder damals, noch späterhin die Rede sein. Ohne Erfüllung dieser Bedingung konnte also der Erwerbungstitel des Erbrechts an dem gedachten Nachlaß nicht in dem Testamente, sondern immer nur in dem späteren Vertrage gefunden werden. Der vorige Richter hat daher mit Recht diesen Vertrag als einen acquisitiven, der gerichtlichen Form bedürfenden Erbvertrag betrachtet, wenngleich die

Eine andere Art des theilweisen Widerrufes ist derjenige, der sich nur auf einen von mehreren, neben oder nach einander eingesetzten Erben bezieht. Ein solcher Widerruf läßt den übrigen Theil des Testaments bestehen.[1]) Dasselbe gilt auch in Beziehung auf Vermächtnisse.[2])

376. Der § 588 enthält eine Erweiterung der römischen Rechtsvorschrift, wonach nur Soldaten eines solchen Privilegiums genossen.[3])

Das Baierische Landrecht (s. oben S. 277) schließt jedes Formprivilegium in Bezug auf den Widerruf letztwilliger Verordnungen aus.[4])

377. Auch die Vorschrift des § 590 enthält eine Abweichung vom römischen Recht,[5]) die sich übrigens auch im Sächsischen bürg. Gesetzbuche findet.[6])

Kontrahenten ihn als einen Vergleich oder onerosen Erlaßvertrag bezeichnet haben. Durch den Erlaß der Bedingung konnte ein testamentarisches Erbrecht nicht hergestellt werden, da ein solches Erbrecht nur mit der Erfüllung der Bedingung zu erwerben war.

[1]) Ulp. l. 2 D. de his quae in test. del. (28, 4): Cancellaverat quis testamentum vel induxerat, etsi propter unum heredem facere dixerat, id testamentum postea signatum est. Quaerebatur de viribus testamenti, deque portione ejus, propter quem se cancellasse dixerat. Dicebam: si quidem unius ex heredibus nomen induxerit, sine dubio ceteram partem testamenti valere, et ipsi soli denegari actiones; sed legata ab eo nominatim relicta debebuntur, sive voluntas ea fuit testantis, ut tantum heredis institutio improbetur. Sed si instituti nomen induxit, et substituti reliquit, institutus emolumentum hereditatis non habebit...

[2]) l. 19 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Modestinus respondit: Si adimendo legatum, quod Maevio relictum sit, fideicommissum ab eo datum defunctus revocare noluit, heredes ex causa fideicommissi conveniri posse, recte probari.

[3]) Ulp. l. 15 § 1 D. de mil. test. (29, 1): Sicut autem hereditatem miles nuda voluntate dare potest, ita et adimere potest...

[4]) v. Kreittmayr a. a. O. bemerkt hierüber: Unser Codex tractirt die privilegirte Testamenten, worunter militare nicht das letzte ist, mit andern hierin auf gleichen Fuß — und trifft sohin allerdings hier ein, was Lauterbach cit. § 13 schreibt, quod in ultimis voluntatibus revocandis interdum plus requiratur, quam in illis ordinandis, welches seine gute Raison hat, damit man sich nemlich in dem Widerruf, wie es gern zu geschehen pflegt, nicht so leicht übereile.

[5]) Papin. l. 36 § 4 D. de test. mil. (29, 1): Miles jure communi testatus postea testamento jure militiae super bonis omnibus facto post annum

insonderheit bei Vermächtnissen.

§ 593. «Zum Widerrufe bloßer in einer gerichtlichen Disposition errichteter Vermächtnisse ist die vor einem Notario und zweien Zeugen abgegebene Erklärung des Testators hinreichend.»

§ 594. «Ein bloß außergerichtlicher Widerruf des Testators kann nur alsdann für hinreichend geachtet werden, wenn derselbe in einem eigenhändig geschriebenen und unterschriebenen Aufsatze erklärt ist.»

§ 595. «Ist der den Widerruf enthaltende außergerichtliche Aufsatz von dem Erblasser bloß unterzeichnet, so kann darauf nur alsdann Rücksicht genommen werden, wenn zugleich der Bewegungsgrund des Widerrufes angegeben ist, und dieser der Wahrheit gemäß befunden wird.»

378. Diese durch die Willkür des Gesetzgebers geschaffenen Formvorschriften sind dem römischen Rechte fremd, welches zum Widerrufe

---

militiae vita decesserat; prioris testamenti quod ruptum esse constabat, non redintegrari vires constitit.

Voet, com. ad P. 28, 3 nr. 5: — Atque ita prius solenne ruptum per posterius militare, non convalescit ex eo, quod militare desiit post annum valere.

[6]) § 2217. „— Ein Widerruf, welcher in einem in außerordentlicher Form errichteten letzten Willen erfolgt, ist als nicht erfolgt zu betrachten, wenn der letzte Wille nach § 2114 seine Wirksamkeit verliert."

(§ 2114. „Ein nach §§ 2109—2113 errichteter letzter Wille verliert seine Wirksamkeit, wenn der Erblasser nach Ablauf von 90 Tagen von der Zeit an gerechnet stirbt, wo der Grund zur letztwilligen Verfügung in außerordentlicher Form weggefallen ist.")

Siebenhaar, Com. III S. 282 bemerkt dazu: Zur Erläuterung des zweiten Satzes des § ist darauf aufmerksam zu machen, daß der Widerruf eines letzten Willens in Beziehung auf seine Form den letztwilligen Verfügungen überhaupt gleichsteht und eben aus dieser Gleichstellung folgt, es müsse der Widerruf, wenn er in der privilegirten Testamentsform ausgesprochen worden ist, mit dem Ablauf der im § 2144 angegebenen Zeit ebenso seine Wirkung verlieren, wie dieß bei den letztwilligen Verfügungen der Fall ist. Bei Annahme des Gegentheiles würde der Widerruf vor den letztwilligen Verfügungen einen Vorzug haben, welchen man ihm zuzugestehen nicht beabsichtigt hat, da der Grund, warum man eine privilegirte Testamentsform eingeführt hat, nämlich im Falle plötzlicher Lebensgefahr den letzten Willen

eines Vermächtnisses nur eine erweisliche Willensänderung, ohne alle Solennität, erfordert.[1])

Auch die älteren deutschen Partikularrechte sagen nichts von einer Form des Widerrufes bei Vermächtnissen.

So enthält das erneuerte Land-Recht des Herzog. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 24 § 12 nur die Bestimmung:

> „Wie einem jeden freystehet sein auffgericht Testament, bey seinen Lebzeiten, zu endern oder gar auffzuheben: Also soll auch einem Testierer, die Legata wiederumb zu endern, auff einen andern zu richten, oder gar auffzuheben, ohnbenommen seyn." [2])

welcher das erneuerte Land-Recht der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. III Tit. 26 § 1 nur noch hinzusetzt:

> „Es mag aber solche abschaffung der legaten nicht allein außtrücklich beschehen: Als da einer in einem ordentlichen testament, codicill, oder andern letzten willen, sagt: Die hundert gülden, so ich Titio hiebevor geschafft, nemme ich ihme wider: Oder: Gibe sie Cajo. Oder daß er sagt: Mich rewet solches legats &c. Sondern Wir wollen auch, daß in solchen fällen, da auß erheblichen ursachen deß testirers widerruffung zu vermuthen, die legata fallen sollen . . ."

Das erneuert. Land-Recht für das Herzog. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) erfordert zur Aufhebung von Legaten mindestens zwei Zeugen, wobei sich noch fragt, ob darunter nicht bloße Beweis-, also nicht Solennitätszeugen gemeint sind.[3])

> Buch V Tit. 8 Art. 5 § 1 a. E. „— Zu dem mag solche Entziehung und Aenderung der Legaten wol ohne ein Testament und

---

in einer Form aussprechen zu können, welche unter den unerwartet eingetretenen Verhältnissen möglich ist, bei beiden gleich eintritt.

Diese von Unger § 24 Note 10 getadelte Ansicht läßt sich aus dem Gesichtspunkte rechtfertigen, daß der Widerruf einer testamentarischen Erbeinsetzung im Grunde nur die Berufung der Intestaterben zur Erbfolge ist.

[1]) Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 320—334. Fein, ebendas. B. 45 S. 148 ff. Vergl. Brinz, Lehrb. der Pandekten. § 222.

[2]) Die ganze gleiche Vorschrift findet sich auch im Land-Recht der Markgr. Baaden &c. von 1710 Th. V Tit. 22 § 13.

[3]) S. Stryk, Usus mod. P. 34, 4 § 1 führt diese Vorschrift als eine Bestätigung des gemeinrechtlichen Satzes an: legata et fideicommissa adimi possunt nuda voluntate und bemerkt im § 2: — ad revocationem legatorum nuda voluntas contraria, quomodocunque declarata, sufficit, quae non tantum duobus testibus, sed etiam schedula testatoris sufficienter probatur, modo

Codicillen geschehen, wann nemlich der Testirer solchen seinen letzten Willen für zween oder mehr Gezeugen wiederrufft: dann der Will eines Testirenden ist wandelbahr, biß auf den letzten Athem seines Lebens."

Weiter geht das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.), welches Th. III Kap. 6 § 18 vorschreibt:

„Ausdrücklich kann das Legat auf dreyerlei Weise benommen werden: 1mo Entweder in der nämlichen, oder 2do in einer anderen, doch gültigen letztwilligen Disposition, oder 3tio sonst durch bloßen mündlichen oder schriftlichen Widerruf, welcher aber nach hiesigem Landrechte wenigst allzeit drey Zeugen erfordert." [1])

379. Ein Testator hat in der im § 595 vorgeschriebenen Form verordnet, daß das in seinem Testamente dem A ausgesetzte Vermächtniß demselben aus einem bestimmt angegebenen Grunde entzogen und statt seiner dem B entrichtet werden solle. Es fragt sich: welche Wirkung diese Verfügung hat, die der in den §§ 161 f. d. T. für außergerichtliche Verordnungen festgesetzten Form nicht entspricht.

---

de hujus manu constet. Imo et juramenti delationi inter heredem et legatarium hic locum esse existimo.

Vergl. Hofacker, Princ. jur. civ. § 1585: Evanescit legatum et fideicommissum ... et nuda voluntate, sive verbis quovis modo coram duobus testibus, vel in schedula, sive factis expressa —.

[1]) Am weitesten geht die jedes Anhalts an das bestehende Recht entbehrende Bestimmung des Proj. Corp. Jur. Frid. Th. II (1751) Buch 8 Tit. 19 Art. 1 § 3. „Expresse wird das Legatum adimiret wann der Testator entweder in eben demselben, oder in einem andern Testament, oder in einem gerichtlichen Codicill, das Legatum revociret: keinesweges aber, wann er außergerichtlich, obschon vor fünf oder sieben Zeugen, solches thut." Hiermit steht aber nicht im Einklange, wenn gleich hinterher § 4 gesagt wird: „Tacite oder facto ipso wird das Legatum von dem Testator adimiret, wann der Testator nach verfertigtem Testament das Legatum mit Vorbedacht (welches praesumiret wird) durchstreicht —."

In der älteren gemeinrechtlichen Doctrin hatte die Ansicht Carpzov's Geltung gewonnen, daß zum ausdrücklichen Widerrufe eines Legats, gleichwie zu dessen Errichtung, die Erklärung vor fünf Zeugen erforderlich sei. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 4 def. 31 i. f.: Plane quocunque modo vel per Codicillos vel verba contraria, in praesentia quinque testium legata adimi posse, dubium non est. Lauterbach, coll. Pand. 34, 4 § 5. Gleichwohl gibt auch Carpzov (l. c. const. 13 def. 19 nr. 1 zu: Nuda schedula, quin et sola voluntate testatoris expressa, absque aliis solennitatibus legata adimi possunt.

Das Oesterr. bürg. G.-B. (§ 719) so wie das Sächsische (§ 2212) enthält nur die schon oben S. 277 f. Note 2 angeführten allgemeinen Vorschriften.

Es liegt hierin eine doppelte Willenserklärung: eine ademtio und eine translatio legati. Die erstere ist vollkommen formgerecht und muß daher ihre selbständige, von der letzteren nicht abhängig gemachte Wirkung durch die Entkräftung des früheren Vermächtnisses äußern. Die dem B gemachte Zuwendung ist dagegen wegen Formmangels für ungültig zu erachten.[1])

380. Ganz anderer Art ist folgender Fall: Ein Testator, der in seinem formgerechten Testamente dem A 1000 Thlr. vermacht hat, bestimmt in einem außergerichtlichen Codicill: A solle statt der ihm im Testamente zugewiesenen 1000 Thlr. nur 500 Thlr. erhalten. Die letztere Summe ist dem Legatar verblieben, wenn sie auch den zwanzigsten Theil des Nachlasses übersteigen sollte. Die spätere Verfügung ist nur als ademtio, nicht zugleich als datio aufzufassen. Sie entzieht dem Legatar die Hälfte des ihm früher zugewendeten Vermächtnisses und läßt daher in Betreff der anderen Hälfte die testamentarische Anordnung bestehen. A hat sonach die 500 Thlr. nicht aus dem Codicille, sondern aus dem Testamente zu fordern.

381. Die Frage:

> ob in dem Falle, wenn ein bedingtes Vermächtniß in einer späteren Disposition einem Anderen, ohne ausdrückliche Wiederholung der Bedingung, zugewendet ist, auch das neuere Vermächtniß als bedingtes gilt,

ist eine bloße Auslegungsfrage, wobei es darauf ankommt, ob der Testator nur einen Wechsel der Person, oder die Aufhebung der ganzen Vermächtnißanordnung und Schaffung einer neuen beabsichtigt hat.

Die römischen Juristen entschieden sich für die Beibehaltung der Bedingung, sofern diese nicht an die Person des früheren Legatars geknüpft war.[2])

---

[1]) cf. Ulp. l. 34 pr. D. de leg. 1: Plane ubi tranferre voluit legatum in novissimum, priori non debebitur, tametsi novissimus talis sit, in cujus persona legatum non consistat... Pomp. l. 20 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Licet transferam legatum in eum, cum quo nobis testamenti factio non est, sive in servum proprium, cui sine libertate legavero, licet iis non debeatur, nec illi tamen debebitur, cui fuerit ademtum. Mühlenbruch, Lehrb. des Pand.-R. § 784. Baier. Landr. Th. III Kap. 6 § 20. „— In dem Falle, da statt des Legatarius ein anderer genannt wird, hört das Legat auf, wenn schon der andere des Legates unfähig ist."

Anders liegt der im B. I S. 499 angeführte Fall.

[2]) Papin. l. 24 pr. D. de adim. v. transf. leg. (34, 4): Legatum sub con-

382. Der in den römischen Rechtsquellen widersprechend entschiedene Fall einer zweifelhaften ademtio legati [1]) hat die gemeinrechtlichen Rechtslehrer viel beschäftigt. [2])

Nach der Natur der Sache kann die Entscheidung keinem gegründeten Bedenken unterliegen. Diese spricht — wie Arndts a. a. O. mit Recht bemerkt — entschieden für die Ansicht, daß die zweifelhafte Ademtion nichts wirke. „Denn der Erblasser hat einmal den Willen gehabt, beide Vermächtnisse zu hinterlassen; wer nun behauptet, daß er diesen Willen in Ansehung des einen oder andern Vermächtnisses geändert habe, muß die Willensänderung beweisen, und dazu kann ihm die zweifelhafte Zurücknahme, die auf beide Vermächtnisse bezogen werden kann und doch nur auf eines bezogen werden soll, nicht dienen. Diese kann hier ebensowenig beachtet werden, wie das Vermächtniß von Anfang gültig ist, wenn sich nicht erkennen läßt, welcher von mehreren Personen dasselbe zugedacht sei." [3])

---

ditione datum, quum transfertur, sub eadem conditione transferri videtur, si non conditio priori personae cohaereat; nam si quis uxori sublatis liberis legaverit, repetita conditio non videbitur, quae fuit in persona mulieris necessaria. Hermog. l. 95 D. de cond. et dem. (35, 1). So auch das Baier. Landr. a. a. O. „— 5to Werden die dem ersten Legatarius auferlegten Onera und Conditionen bei dem zweyten Legatarius im Zweifel für wiederholt geachtet."

[1]) l. 3 § 7 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4); l. 10 pr. D. de reb. dub. (34, 5).

[2]) van Byukershoek, Obs. jur. Rom. Lib. II cap. 15. Göschen in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtsw. I Nr. 6. Roßhirt, Lehre von Vermächtnissen I S. 436. Puchta, Vorles. II S. 437 f. (desgl. in Schunk's Jahrb. VI S. 13.) Sintenis, prakt. gemein. Civilr. III § 212. v. Vangerow Pandekten II S. 299 f. Brinz, Lehrb. der Pandekten § 222. Pöschmann in Schletter's Jahrb. III S. 251 f. Bering, Röm. Erbrecht S. 719 (vergl. Warnkönig in Schletter's Jahrb. VII S. 337). v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Auflage) II S. 1078 f.

[3]) Dahin geht auch der Ausspruch Ulpian's in l. 3 § 7 cit.: Si duobus Titiis separatim legaverit, et uni ademerit, nec appareat, cui ademtum sit, utrique legatum debebitur, quemadmodum et in damdo, si non appareat, cui datum sit, dicemus neutri legatum.

Diese Ansicht ist auch in der älteren gemeinrechtlichen Doctrin die herrschende. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 6 § 18: — Dunkle und zweifelhafte Wort benehmen das Legat nicht, sondern sie müssen deutlich seyn. Wann dahero das Legat, welches z. E. zwey Brüdern vermacht worden, einem benommen wird, ohne zu melden, was für einem, so ist die Benehmung undeutlich und ungewiß, einfolglich subsistirt das Legat nichts desto weniger. Lauterbach, coll. P. 34, 4 § 17. Claproth, Abhandl. von Testamenten &c. § 99.

Auch nach unserem Landrecht läßt sich der Fall nicht anders entscheiden.[1]) Daß dasselbe, in verfehlter Anwendung des Billigkeitsprincipes, sogar bei zweifelhafter datio eines nur einer von zwei Personen zugedachten Vermächtnisses dieses Beiden zuweist (s. oben Nr. 336), spricht eher dafür, als dagegen. Denn hier wird in Ansehung der einen Person sogar ein Vermächtnißwille fingirt, der von Anfang an niemals vorhanden war, während es sich in dem jetzt fraglichen Falle doch nur darum handelt, einen wirklich erklärten Vermächtnißwillen aufrecht zu erhalten, weil nicht zu ermitteln ist, in Betreff welcher Person er geändert worden.

383. In Betreff des § 595 ist darauf hinzuweisen, daß auch die gemeinrechtlichen Juristen bei Beurtheilung der Gültigkeit des Widerrufes den Beweggrund berücksichtigt wissen wollen.[2])

Es fragt sich dabei, ob, wenn der Testator als Grund des Widerrufes die ihm (in Wirklichkeit) vom Legatar widerfahrene Beleidigung hinzufügt, dieser Widerruf schon durch die bloße später erfolgte Aussöhnung seine Kraft verliere.[3])

Dies ist zu verneinen, weil der ausdrücklich erklärte Widerruf dadurch nicht beseitigt werden kann, daß der ihn veranlassende Grund (die feindselige Gesinnung) späterhin gehoben wird.[4])

---

[1]) Ebenso nach Oesterreichischem Recht. Unger § 61 Note 8.

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 9 dsf. 25. Revocato lsgato, etiam ob bene msrita rslicto, ex certa quapiam cansa, deficiente licet ea, haud tamen lsgatum debetnr, qnando est causa impnlsiva. (Gosw. ab Esbach, notae et addit. fügt bei: Jnnge pro hac sententia consentientem Brnnnemann ad l. 4 D. 34, 4 nr. 3, quam et ego seqnor, cansa enim finalis est, sine qna agens non egisset, unde si scivisset testator cansam finalem, propter qnam ademit legatum, esse falsam, legatum non ademisset; hac igitur falsitate probata, et dsficiente, dsficiet etiam dispositio ademtionis.

[3]) Vergl. Ulp. l. 4 D. ds adim. v. transf. leg. (34, 4): Qnodsi iterum in amicitiam redierunt, et poenituit testatorem prioris offsnsae, legatum vsl fideicommissum rslictnm redintegratnr; ambnlatoria enim est voluntas dsfuncti usqns ad vitae snpremum exitnm.

[4]) Die angeführte l. 4 kommt hier nicht in Betracht, da sie sich auf den (von unserem Landrecht nicht aufgenommenen) Fall eines nur vermutheten Widerrufes bezieht.

e. durch Wegstreichen, Auslöschen u. s. w. bei außergerichtlichen Verordnungen.

§ 596. «Wenn in außergerichtlichen Dispositionen ein Vermächtniß ganz, oder auch nur der Name des Legatarii, die Sache, oder das Quantum, welche vermacht worden, weggestrichen, ausgelöscht, oder sonst unleserlich gemacht sind: so ist das Legat für aufgehoben zu achten.»

§ 597. «Auch kann der Inhalt solcher außergerichtlichen Verordnungen durch bloße entgegengesetzte Willenserklärungen widerrufen werden; sobald über dergleichen Erklärung des Erblassers nur ein in gewöhnlichen Fällen hinreichender Beweis geführt werden kann.»

384. Die Abweichung dieser Vorschriften vom gemeinen Recht[1]) besteht nur darin, daß nach letzterem alle letztwilligen Verordnungen ohne Unterschied (also auch Testamente) der hier gedachten Aufhebung unterliegen.[2])

---

[1]) Es ist in dieser Hinsicht zu verweisen auf Lauterbach, Dissert. acad. (Tub. 1728) Vol. I disput. XVII de cancellatione ejusque in jure effectibus cap. IV de testamentorum, aliarumque ultimarum voluntatum cancellatione p. 536—551.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 39 S. 79—104. Seuffert, Archiv VI Nr. 53.

[2]) Natürlich kann auch bei uns ein Wegstreichen, Auslöschen &c. in Testamenten (namentlich in den dem Gericht verschlossen übergebenen) vorkommen, und zwar mit der Wirkung, daß das Ausgestrichene oder unleserlich Gemachte nicht gilt. Allein hier ist von einem Widerrufe gar nicht die Rede. Das absichtlich Weggestrichene ist als nicht vorhanden anzusehen, weil es keinen Theil des mit Ueberreichung des Testaments erst zur Vollendung gekommenen letzten Willens bildet, das zufällig unlesbar Gemachte deshalb, weil es an der äußeren Erkennbarkeit des Willens fehlt. Ulp. l. 1 § 2 D. de his quae in test. del. (28, 4): Sed si legi non possunt, quae inconsulto deleta sunt, non deberi: sed hoc ita demum, si ante consummationem testamenti factum est. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav civ. Th. III Kap. 3 § 27: — Was man nicht mehr lesen kann, hat keinen Effect, wann es gleich a Testatore nicht mit Fleiß und Fürsatz, sondern nur von ungefehr ausgeloschen worden, weil es in solchem Fall heißt: non Jus sed probatio tibi deficit. l. 30 D. de test. tut.

Fast sämmtliche deutschen Partikularrechte haben sich hierin dem gemeinen Rechte angeschlossen.

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 37. „— es wäre dann Sache, daß einer wissendlich sein Testament zerreißen oder zerschneiden würde; da denn alsdann durch solche vorsetzliche Zerschneidung, ohne einige fernere Solennitaet oder Gezeugniß, dasselbige Testament gleichfalls abgethan und getödtet wird."

Erneuert. Land-Recht des Herzog. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 20 § 3. „Also da einer sein Nuncupativum oder in Schrifften auffgericht Testament zerschnitte, zerrisse, oder die Namen der geschribnen Erben durchstriche, oder außlöschte oder sonsten sein Testament gäntzlich cancellirte und durchsteche, oder auch der Zeugen, deß Notarii, oder sein aigen angehenckt oder auffgetruckt Sigill oder Pittschafft herabrisse, oder schnitte, soll ein solches für ein Cassation oder Widerruffung des Testaments gehalten werden . . ." [1])

Revid. Land-Recht des Herzog. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 6 Art. 1 § 1. „— Es werden aber erstlich die auffgerichteten Testamenta unkräfftig durch den Willen des Testators, so er die selbst auffgehoben und cassiret. Derowegen, so einer sein Testament, in Willen und Meinung dasselbige abzuthun, zerschnitte, die Siegel herabrisse, oder sonst verletzte, so sol es nicht mehr gelten . . ." [2])

Chur-Triersches Land-Recht von 1713 Tit. II § 4. „Nicht weniger wird eine letzte Willens Disposition unkräfftig, wann dieselbe sich zerrissen, in substantialibus durchstrichen, oder in andere Weeg zerstümmelt befindet . . ."

Churf. Maintzisches Land-Recht von 1755 Tit. XIII § 6. „Eine letzte Willens-Verordnung wird auch aufgehoben, wann sie der Testirer zerreißet, oder durchschneidet, oder gänzlich durchschneidet, es seye gleich eine schriftliche oder mündliche Disposition, welche mündlich vor Zeugen oder denen Gerichten aufgerichtet, und nur mehreren Prob wegen zu Papier gebracht worden . . ."

Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) von 1756 Th. III Kap. 3 § 27. „Mit Werken wird 1mo ein Testament auf unterschiedliche Weise, insonderheit durch dessen Zerschneidung, Zerreissung, Durchstreichung, Verdunkelung oder Auslöschung cassirt. Wobey jedoch zu unterscheiden ist, ob dasselbe auf solche Weise ganz oder nur zum Theile cassirt oder geändert wird. Erstenfalls fällt das ganze Testament in allen Stücken zusammen, letztenfalls bleibt alles, was nicht solchermaßen cassirt und geändert wird, ohne Distinction unter der Erbeinsetzung und anderen Verordnungen . . ." [3])

---

[1]) Vergl. Griesinger, Com. über das Württ. L.-R. VI S. 472 f. Reyscher, Com. III § 685.

[2]) Die gleiche Vorschrift enthält das Land-Recht der Markgr. Baaden &c. von 1710 Th. V Tit. 20 § 3.

[3]) Vergl. v. Kreittmayr a. a. O.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 721. „Wer in seinem Testamente oder Codicille die Unterschrift durchschneidet, sie durchstreicht oder den ganzen Inhalt auslöscht, vertilgt es . . .“ [1])

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2219. „Ein Widerruf eines schriftlichen letzten Willens ist anzunehmen, wenn der Erblasser oder mit dessen Einwilligung ein Dritter die Unterschrift ausgelöscht oder die Urkunde durchstrichen, durchschnitten, durchrissen, verbrannt, ausgelöscht, durch Ueberschreiben unleserlich gemacht hat.“ [2]) § 2220. „Bei theilweiser Vernichtung der Urkunde gilt der letzte Wille nur soweit als aufgehoben, als sein Inhalt auf dem vernichteten Theile beruht.“ [3])

Natürlich wird hierbei immer vorausgesetzt, daß die gedachte gänzliche oder theilweise Zerstörung der Willensurkunde oder ihres Inhaltes vom Testator absichtlich vorgenommen oder veranlaßt worden ist, daß also eine die Willensänderung kundgebende Handlung des Testators vorliegt.[4]) Steht Letzteres fest, so ist damit zugleich der Beweis

---

[1]) Unger § 24. Vergl. Glaser's und Unger's Samml. civilr. Entsch. des obersten Gerichtshofes zu Wien III Nr. 1240. Allg. österr. Ger.-Zeit. 1865 S. 339 f.

[2]) Siebenhaar, Com. III S. 283: In diesem § hat man durch die gegebene Exemplification jede Art der Vernichtung der Testamentsurkunde zu treffen beabsichtigt. Sollte es, außer den angeführten Arten der Vernichtung, noch andere geben, was zu bezweifeln sein dürfte, so würden dieselben selbstverständlich unter die Vorschrift des § zu subsumiren sein.

[3]) Auch die Französ. Jurisprudenz nimmt eine solche Aufhebungsart bei letztwilligen Verordnungen überhaupt an, wiewohl der Code Nap. ihrer nicht gedenkt. Les Codes annotés de Sirey Vol. I art. 1035 nr. 26, 27, 29.

Das Badische Landr. bestimmt in einem Zusatzartik. 1038 a. „Ein bloßer Einriß oder Einschnitt in ein Testament, der die Urkunde nicht ganz durch und durch von einander trennt, zernichtet keinen letzten Willen, der noch aufbewahrt vorgefunden wird, wenn er nicht die Willens-Gewißheit der Urkunde aufhebt, oder zugleich mit einem Durchstrich des Inhalts, oder bei öffentlichen letzten Willen mit Rückforderung des Hauptaufsatzes, begleitet ist.“ Vergl. Brauer, Erläuterungen 2c. II S. 445 ff.

[4]) Ulp. l. 1 pr. h. t. (28, 4): Quae in testamento legi possunt: ea inconsulto deleta et inducta, nihilominus valent: consulto, non valent... Id. l. 2 § 7 D. de b. p. sec. tab. (37, 11): Si consulto sit inductum nomen heredis, indubitanter probatur, bonorum possessionem petere eum non posse —. Julian, l. 8 § 3 eod.: Is autem, cujus nomen in testamento voluntate testatoris perductum est, sicut ad adeundam hereditatem, ita ad petendam bonorum possessionem scriptus non intelligitur, quamvis nomen ejus legatur. Baier. Landr. Th. III Kap. 3 § 27: „— 4to Ist sowohl ad cassationem generalem, als particularem erforderlich, daß sie nicht von ungefähr, sondern mit Fleiße und vorsätzlich von dem Testator geschehen...“

der Willensänderung gegeben.[1]) Andernfalls bedarf es hierüber eines Beweises, der nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen Demjenigen obliegt, welcher den Widerruf behauptet.[2])

Die älteren gemeinrechtlichen Juristen haben jedoch durch mehrfache

---

[1]) Ulp. l. 22 § 3 D. qui test. fac. (28, 1): Si signa turbata sint ab ipso testatore, non videtur signatum. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII nr. 27 sqq. Mutatio voluntatis praesumitur, si testator incisis tabulis nomen heredis induxit. Voet, com. ad P. 29, 4 nr. 4: — si de facto ipsius testatoris constet, consulto tabularum incisio vel inductio aut cancellatio facta credatur, donec contrarium probatum fuerit... Hofacker, princ. jur. civ. § 1356. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 3 § 27: — Erklärt sich nun Testator hierbei mit Worten, in was für einer Absicht er solches gethan habe, ist es zwar nur desto deutlicher und unzweiflbarer, jedoch eben nicht nöthig, weil das Factum selbst schon genug redet, und animum testatoris sattsam anzeigt.

Nur in diesem Sinne kann man mit Mascard. de Probat. concl. 256 sagen: Cancellatio testamenti praesumitur in dubio facta voluntate testatoris, et sic testamentum nihil valet.

[2]) Bethmann-Hollweg, Versuche über einzelne Gebiete der Theorie des Civilproz. S. 358: Der Legatar braucht nur die Anordnung des Legats zu beweisen, nicht daß der Testirer es nicht später zurückgenommen habe. Die ademtio legati muß der Erbe darthun, wenn er sie behauptet (l. 22 de prob., l. 22 de leg. 2, l. 11 § 12 de leg. 3). Der Umstand, daß dieser eine positive Thatsache behauptet, jener sie nur läugnet, ist nicht eigentlich das Entscheidende. Ebensowenig die Regel, daß die Fortdauer einmal begründeter Rechtsverhältnisse zu präsumiren sei. Denn hat der Testirer das Legat vor seinem Tode zurückgenommen, so ist ein Recht daraus niemals erworben gewesen. Daß aber die Fortdauer des Willens präsumirt werden müsse, was Viele behauptet haben, ist nicht zuzugeben. Der entscheidende Grund ist der, daß die der Form nach gültige Anordnung des Legats zur Gültigkeit desselben im Allgemeinen hinreicht, es müßte denn ausnahmsweise durch eine ademtio wieder aufgehoben sein.

Nach diesem Gesichtspunkte erscheint es ganz richtig, wenn die Frankf. Reformat. Th. IV Tit. 7 § 3 vorschreibt: „Darumb, obgleich deß Testatoris auffgericht Testament nach seinem Todt, in seiner Kisten, Schrank, oder Tisch, durchstochen, oder deß Siegels beraubt, gefunden würde, Da man doch, ob solches durch den Testatorn, oder sonst jemands anders, gefährlicher Weiß geschehen, nicht wissen könnte: So soll es nicht desto weniger für unvernichtet und ungetödtet gehalten, und auff Anruffen deren darinn eingesetzten Erben, und Legatarien, als kräfftig vollnzogen werden." Im vollständigen Gegensatze davon bestimmt das Chur-Triersche Land-Recht von 1713 Tit. II § 4 (im unmittelbaren Anschluß an die oben S. 288 angeführte Vorschrift) „— es seye dann, daß der darin eingesetzter Erb beweise, dieses nicht durch den Testirer, oder mit dessen Willen, sondern von einem andern, oder ungefehr geschehen zu seyn."

Präsumtionen, die überhaupt in der damaligen Doctrin eine große Rolle spielen, auszuhelfen gesucht.[1]) Und diese sind auch von mehreren älteren Partikularrechten aufgenommen worden.[2])

Anlangend die neueren Gesetzgebungen, so bestimmen

das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 722. „Sind die gedachten Verletzungen der Urkunde nur zufällig[3]) geschehen, oder, ist die Urkunde in Verlust gerathen, so verliert der letzte Wille seine Wirkung nicht, wenn anders der Zufall durch die in der Gerichtsordnung bestimmten Beweisarten, und der Inhalt der Urkunde auf

---

[1]) Hofacker, Princ. jur. civ. § 1356: Utrum vero praeter, an secundum testatoris voluntatem deletio, incisio etc. contigerit, quaestio facti est: in qua deficientibus aliis probationibus, ad indicia recurrendum, quae fere talia sunt, ut, I) si de facto ipsius testatoris constet, consilium eius non defecisse credatur, donec contrarium probatum fuerit: II) sin de facto non liqueat; sed tamen 1) testamentum scriptum domi testatoris et in arca conclusum deletum s. incisum reperiatur, etiam tunc ex voluntate testatoris corruptio perpetrata esse praesumitur; sin 2) penes tertium fuerit custoditum; ab hoc inductum esse putatur.

Vergl. Zasii consil. II nr. 1. Mascardus de Probat. concl. 256 nr. 8, 9. Voet l. c. Brunnemann com. in P. ad l. 1 h. t. nr. 1. S. Stryk, de caut. test. cap. 24 § 45. Leyser sp. 359 m. 1, 2.

[2]) Württemb. L.-R. a. a. O. „— Wann aber ein solch zerschnitten, zerrissen, oder an Sigeln und sonsten verletzt, oder außgetilget Testament, nicht hinder dem Testierer, und in seiner Verwahrung, sondern sonsten bey andern gefunden worden, und zweifelig were, ob durch den Testirer selbst solche Verletzung geschehen, solle in diesem Fall denjenigen, welche das Testament als cassirt anfechten, die Beweisung innerhalb zwayer Monatsfrist, von deß Testirers Todfall anzurechnen, zu erstatten obliegen..."

Baier. Landr. (im unmittelbaren Anschluß an die oben S. 289 Note 4 angeführte Vorschrift). „— Das Letztere wird 5to gemuthmasset, wenn das Testament bey ihm selbst gefunden worden. Ein anderes ist 6to, da man selbes bey einem Dritten, oder gar bey jenen findet, welchen die Cassation Nutzen bringt; denn da muß der Vorsatz des Testators von dem, der sich auf die Cassation gründet, genüglich bewiesen werden, außer dessen wird vielmehr präsumirt, daß es von ungefähr oder wenigst ohne Wissen und Willen des Testators geschehen sey..."

[3]) Dworzak in der Allg. österr. Ger.-Ztg. 1865 S. 339 sagt mit Recht: Ein Zufall ist hier dann vorhanden, wenn das die Urkunde treffende Ereigniß keine Handlung des Erblassers ist und falls es eine Handlung eines Dritten wäre, auch nicht im Auftrage des Testators erfolgt ist; ferner, wenn es zwar in einer Handlung desselben besteht, aber diese Handlung nicht in der Absicht vorgenommen wurde, das Testament zu annulliren, oder wenn der Erblasser bei Vornahme der fraglichen Handlung nicht in einem solchen Zustande sich befand, in welchem er ein Testament wirksam aufheben konnte.

die Art erwiesen wird, wie eine mündliche letzte Anordnung erwiesen werden muß." [1])

das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2300. „Ist ein vor Gericht oder vor einem Notar oder außergerichtlich schriftlich errichteter letzter Wille vor dem Tode des Erblassers verloren gegangen oder vernichtet worden, so hat der Kläger, welcher sein Erbrecht aus diesem letzten Willen ableitet, auch den Umstand zu beweisen, daß die Urkunde durch Zufall verloren gegangen, oder ohne, oder gegen den Willen des Erblassers vernichtet worden ist. Dieser Umstand braucht nicht bewiesen zu werden, wenn der letzte Wille erst nach dem Tode des Erblassers verloren gegangen oder vernichtet worden ist."

---

f. wegen des dem Erblasser verursachten Lebensverlustes.

§ 598. «Bloße Vermuthungen, daß der Testator seinen letzten Willen habe ändern wollen, verdienen keine Rücksicht.»

§ 599. «Hat aber der Erbe oder Legatarius, durch Vorsatz oder grobes Versehen, den Tod des Testators verursacht, so wird derselbe, auch ohne ausdrücklichen Widerruf, des ihm zugedachten Vortheils verlustig.»

§ 600. «Doch findet das Gegentheil Statt, wenn ausgemittelt werden kann, daß der Erblasser dem Erben oder Legatario das Versehen, wodurch der Unglücksfall entstanden ist, verziehen habe.»

385. Der im § 598 aufgestellte Rechtssatz,[2]) wovon der § 599 eine Ausnahme enthält, hat wohl keine andere Bedeutung, als den im letzteren § vorgesehenen Fall als den einzigen zu bezeichnen, in dem

---

[1]) Vergl Dworzak a. a. O. S. 343 f.

[2]) Als Regel gilt derselbe auch nach gemeinem Recht. Menoch, de Praesumt. Lib. IV praes. 30 nr. 4. Testamentum revocatum non dicitur solis conjecturis et praesumtionibus. Mevii decis. V 151: Magna erga defunctum impietas facit quidem aliquem hereditate indignum, at non incapacem; ideo ex illa sola non est jus coheredibus ingratum et impium coheredem ab hereditate excludendi et petendi, ut pars illius sibi cedat. Etsi enim ob illam defuncto jus fuerit liberos exheredandi, tamen, si hoc factum non sit, haud est coheredibus jus vel facultas alium hereditate privandi...

ein stillschweigender Widerruf einer letztwilligen Zuwendung angenommen werden soll und somit die übrigen im gemeinen Recht ihm gleichgestellten Fälle zu beseitigen.[1])

Die Bestimmung des § 599 ist aus dem römischen Recht entnommen,[2]) mit Weglassung des Verfallens des Verwirkten an den Fiskus.[3]) Rücksichtlich des gesetzlichen Erbrechts ist dieser Erbunwür-

[1]) Nach röm. R. begründete schon eine zwischen dem Testator und dem Legatar ausgebrochene heftige Feindschaft (inimicitiae capitales, gravissimae — im Gegensatz von levis offensa) so wie eine zur Beschimpfung des Letzteren gereichende Aeußerung des Testators in einer späteren Disposition die Vermuthung, daß das Vermächtniß widerrufen sein solle. l. 3 § 11, l. 13. l. 22, l. 29 D. de adim. v. transf. leg. (34, 4), l. 9 pr. § 1 D. de his quae ut indign. (34, 9).

Ersteres findet sich auch in mehreren älteren deutschen Partikularrechten (Churf. Pfaltz bey Rhein erneuert. L.-R. Th. III Tit. 26 § 1, Fränckische L.-G.-O. Th. III Tit. 67 § 3, Baier. L.-R. Th. III Kap. 6 § 19 Nr. 3), wiewohl einige Rechtslehrer die heutige Anwendbarkeit jener römischen Satzungen bezweifelten. Vergl. Groenewegen, de legib. abrog. et inusit. ad Dig. 34, 4 l. 3 § ult.: Hodie autem hujusmodi tacita et praesumta voluntate legata et fideicommissa non adimi censet Autumn. Etenim... testator, qui potuit mutare testamentum, et id tamen non fecit, prioris offensae poenituisse, injuriamque remisisse potius, quam a priori legato recessisse videtur; id quod vel ipso jure civili in heredis institutione obtinet. (Leyser spec. 394 m. 4).

[2]) Marcian. l. 3 D. de his quae ut indign. (34, 9): Indignum esse Divus Pius illum decrevit, ut et Marcellus libro XII Dig. refert, qui manifestissime comprobatus est id egisse, ut per negligentiam et culpam suam mulier, a qua heres institutus erat, moreretur. Paul. l. 7 § 4 D. de bon. damn. (48, 20): ... Divus Pius — constituit: quum filiafamilias veneno necasse convinceretur cum, a quo heres instituta erat, quamvis jussu patris, cujus in potestate esset, adierit hereditatem, vindicari eam fisco. Nach gemeinem Recht wird zwischen culpa lata und levis nicht unterschieden. Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 5 nr. 10. Vergl. jedoch Mascard. de Probat. concl. 1287 nr. 135: — non sufficit levis culpa, sed tanta, ut possit ex ea moveri mens testatoris ad privandum legatarium.

[3]) Hommel, Rhaps. V obs. 640: — Respondit Facultas Jurid. Lips. 1775: titulum Pandectarum de his, quae ut indignis auferuntur, non quidem penitus obsolevisse, attamen nostris moribus, quia haec ereptio confiscationem redolet, non fisco, sed privatis cedere, nempe coheredibus, aut cognatis, aut si legatarius legato indignus sit, heredi; si autem scriptus ex asse heres, testamentum fieri destitutum... Vergl. dagegen Wernher, sel. obs. for. T. II P. IX obs. 36. Hereditas et legatum, cum velut indigno aufertur, hodienum fisco regulariter cedit. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Rostock vom 13. Decb. 1860. (Seuffert, Archiv XVII Nr. 265.)

digkeitsfall aber schon im älteren germanischen Recht gegründet[1]) und tritt uns hier in dem Rechtssprichworte entgegen: „Die blutige Hand nimmt kein Erbe.“[2])

> Sachsenspiegel III. Art. 84 § 3. „Dodet ok en man sinen vader oder sinen bruder oder sinen mach oder jemanne, des egenes oder lenes he wardende is, al sine wardunge hevet he verloren; he ne du't in notwerunge sins lives, unde die not uppe den doden beredet werde, oder he ne du't unwetene, so dat it geschi ane sinen dank.“[3])
>
> Goslarsche Statuten (herausgegeben von Göschen, S. 11 Nr. 35—40). „Dodet ein den anderen, wat ome van deme an irsterfft, dat heft he verloren, it ne sy van notwere edder ane synen danck[4]) edder mid rechte gescheyn.“[5])

Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. bestimmt:

§ 540. „Wer den Erblasser, dessen Kinder, Eltern oder Gatten, aus bösem Vorsatze an Ehre, Leib, oder Vermögen auf solche Art

---

[1]) Wilda, das Strafrecht der Germanen S. 714 f.: Schon sehr frühe sind auch im germanischen Recht Bestimmungen aufgenommen, wonach, Wer einen Andern culposer oder doloser Weise tödtete, nicht dessen Erbe werden konnte.

[2]) Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich 1858) Nr. 209.

[3]) v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsenspiegels § 15.

[4]) Göschen S. 134 Nr. 3 bemerkt zu den letzteren Worten: d. h. wohl, „ohne Absicht thut,“ so daß der Erbe, auch wenn die Tödtung nicht rein zufällig, sondern culposer Weise geschehen sein sollte, dennoch sein Recht auf die Erbschaft behält.

[5]) Spätere Partikularrechte heben den Fall hervor, „wenn der mann sein weib, die ihm etwas verschafft, (und umgekehrt) böslich verließe x. auch endlich ein ursach ihres tods gewesen —“ L.-R. der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. III Tit. 26 § 2. Revid. L.-R. des Hertz. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 8 Art. 5 § 2.

Ferner bestimmt das L.-R. der Markgr. Baaden x. von 1710 Th. V Tit. 22 § 20. „In gleichem, da der Legatarius den Testierer entleibte und umbbrächte, oder zu desselbigen Entleibung Hülff, Rath und Fürschub thätte, oder deß entleibten Testierers Tod gebührender massen zu rächen sich nicht beflieſſe, Item da der Legatarius den Testierer einer solchen Missethat beschuldigte, welche Lebensstraff auf sich trüge... Setzen und ordnen Wir, daß berührte Legata denjenigen, welchen sie verschafft, als unwürdigen genommen und — Uns zugeeignet werden.“ so wie das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 1 § 20. „— Es werden aber heut zu Tage nur noch folgende für unwürdig (der Erbschaft) geachtet: 1mo Wer den Erblasser oder dessen Kinder und Aeltern vorsetzlich um das Leben bringt. 2do Boshafter Weise Gelegenheit und Ursache dazu giebt. 3tio Denselben nach errichteter Disposition eines schweren Verbrechens beschuldigt...“

verletzt, oder zu verletzen gesucht hat, daß gegen ihn von Amtswegen, oder auf Verlangen des Verletzten nach den Strafgesetzen verfahren werden kann; der ist so lange des Erbrechts unwürdig, als sich aus den Umständen nicht entnehmen läßt, daß ihm der Erblasser vergeben habe." [1])

Das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen verordnet:

§ 2277. „Unwürdig jedes Erbrechts, auch des Rechtes auf den Pflichttheil, ist Derjenige, welcher den Erblasser vorsätzlich tödtet, oder doch zur Errichtung eines letzten Willens unfähig gemacht . . ."

§ 2279. „Die Folgen der Unwürdigkeit fallen weg, wenn der Schuldige darthut, daß ihm der Erblasser verziehen hat."

§ 2425. „Die Vorschriften über die Unwürdigkeit zur Erbfolge finden Anwendung auf die mit Vermächtnissen Bedachten . . ." [2])

Unser Landrecht hat nirgends darüber eine ausdrückliche Bestimmung getroffen:

ob der im § 599 angedrohte Verlust des Erbrechts sich auch auf das gesetzliche Erbrecht bezieht.

Witte, das Preuß. Intestat-Erbrecht S. 12, verneint diese Frage mit der Bemerkung: der Grundsatz: „blutige Hand nimmt kein Erbe" sei im Land-Recht nur für testamentarische, nicht aber, wie in anderen Legislationen, auch für Intestat-Succession aufgestellt.

Für diese Ansicht spricht allerdings die unverkennbare Eigenschaft des § 599 als eines Ausnahmegesetzes, die einer ausdehnenden Erklärung und noch mehr einer analogen Anwendung entgegensteht. Mit Recht wird aber von Bielitz (Juristische Wochenschrift 1839 S. 725) auf die Vorschrift des § 23 Tit. 3 Th. II des A. L. R. hingewiesen, wonach „Diejenigen, die ihre unvermögenden Verwandten gegen ihre natürliche Pflicht hülflos lassen, ihr gesetzliches Erbrecht verlieren" — eine Erbunwürdigkeitserklärung, die noch viel mehr Denjenigen treffen

---

[1]) Unger § 5.

[2]) Nach Württembergschen Recht (Gesetz, die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen betr. vom 5. Septemb. 1839 Art. 19) schließt die vollführte oder versuchte Tödtung des Ascendenten, Descendenten oder Ehegatten den Verbrecher von der Erbschaft aus, wenn sie mit Zuchthaus, Arbeitshaus oder Festung bestraft wird. Auch tritt nicht der Fiskus, sondern der zunächst berufene Intestaterbe, bez. der Miterbe oder Nacherbe an die Stelle des Unwürdigen.

Der Code civ. bestimmt art. 727. „Sont indignes de succéder, et, comme tels, exclus de successions: 1. Celui qui serait condamné pour avoir donné ou tenté de donner la mort au défunt; 2. Celui qui a porté contre le défunt une accusation capitale jugée calomnieuse; 3. l'héritier majeur qui, instruit du meutre du défunt, ne l'aura pas dénoncé à la justice."

müsse, welcher den Erblasser vorsätzlich oder durch grobe Schuld ums Leben bringe. Aber auch der § 605 unseres Titels läßt sich hier heranziehen. In einem Erkenntnisse des vormaligen O.-L.-Gerichts zu Frankfurt vom 6. September 1837 (Centralblatt 1837 Sp. 995—998) wird in dieser Hinsicht ausgeführt:

> Wenn der Gesetzgeber voraussetzt, daß ein Testament in gewissen Fällen durch die Handlung des eingesetzten Erben zu dessen Nachtheile entkräftet werden soll, ohne daß es einer besonderen Zurücknahme desselben bedarf, so kann die ratio legis nur die präsumtive Willensänderung des Testators, mithin die Annahme sein, daß der Testator, wenn er anderweitig disponirt hätte, unter Aufhebung seines früheren Testaments dem Erben nachtheilige Bestimmungen getroffen haben würde. Diese ratio erkennt das A. L. R. im § 598 d. T. ausdrücklich an. Nun ist aber die Bestimmung über die Intestat-Erbfolge nichts weiter als das Surrogat einer testamentarischen Willenserklärung, gegründet auf die Voraussetzung, daß der Erblasser, wenn er ein Testament errichtet, die gesetzlich zur Erbfolge Berufenen als Erben eingesetzt haben würde, und es wäre daher der grellste Widerspruch, wollte der Gesetzgeber unter ganz gleichen Bedingungen, wo er eine Aenderung des klar ausgesprochenen Willens annehmen zu müssen glaubt, eine solche nicht auch da annehmen, wo der Wille des Erblassers von Anfang an nur präsumirt wird. Dies würde dahin führen, daß ein Erbe seines Intestaterbrechtes verlustig ginge, wenn es zwar durch ein Testament noch speziell bestätigt worden, während er sich, falls eine solche Bestätigung nicht stattgefunden, unter sonst gleichen Verhältnissen desselben ungestört erfreuen könnte.

Hiernach werden wir in diesem Punkte eine völlige Uebereinstimmung unseres Landrechts mit dem gemeinen deutschen Rechte umsomehr anzunehmen haben, als es schon ein Satz des natürlichen Rechts ist, daß der Uebelthäter auf den Gewinn keinen Anspruch hat, der für ihn aus der verbotenen Handlung entspringen könnte.

---

g. durch Untergang oder Verlust des Testaments oder Codicills.

§ 602. «Geht ein Testament oder Codicill durch Zufall verloren; so ist die Ausmittelung des Inhalts durch Beweis zuläßig;»

§ 603. «Doch wird dazu ein vollständiger Beweis erfordert, welcher durch einen Erfüllungseid nicht ergänzt werden kann.»

386. Die Gültigkeit einer vom Testator nicht aufgehobenen letzt-

willigen Verfügung hängt von dem Fortbestande der darüber errichteten Urkunde nicht ab, sobald nur der Inhalt derselben in anderer Weise vollständig zu ermitteln ist.[1]) Es gelten hierüber die gewöhnlichen Beweisregeln, so daß die übereinstimmende Aussage zwei glaubwürdiger Zeugen einen vollen Beweis liefert,[2]) auch die Eideszuschiebung zuläßig erscheint.[3])

---

[1]) l. 2 C. de test. (6, 23): Publicati semel testamenti fides, quamvis ipsa materia, in qua primum a testatore scriptum relictum fuit, casu, qui probatur, intercidit, nihil minus valet. l. 11 eod.: Non idcirco minus jure factum testamentum suas obtinet vires, quod post mortem testatoris subtractum probatur. cf. l. 20 D. de inj. rupt. (28, 3), l. 1 § 3 D. de b. p. sec. tab. (37, 11), l. 10 § 2 D. test. quemad. aper. (29, 3). Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 39 S. 104—115. Arndts in Weiske's Rechtslexicon V S. 217, 218. Die Bestimmungen des Oesterreich. und des Sächs. bürg. G.-B. sind bereits oben S. 291 f. angeführt worden. Die älteren Partikularrechte enthalten hierüber keine Vorschriften. Das revid. L.-R. des Hertz. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 11 § 2 a. E. bestimmt nur ganz allgemein: „— So aber das Testament verbrant, verdorben, verborgen oder sonst unterdruckt worden wäre: Da sol den Legatariis und andern, so Interesse daran zu haben vermeinen, in andere Weg geholffen werden —."

[2]) Im gemeinen Recht besteht hierüber eine bis auf die neueste Zeit hinaufreichende Controverse, doch ist die dem obigen Satze entsprechende Ansicht seit jeher herrschend gewesen. Cod. Fabrianus Lib. IV tit. 14 def. 3: — nostris placet, per duos testes probari posse factum solenniter et coram septem testibus idoneis testamentum, licet ad probandam solemnem defuncti hominis voluntatem non pauciores quam septem testes requirantur. Ita Senat. Sabaud. m. Jul. a. 1588. Mevii com. in Jus. Lub. P. II tit. 1 art. 2 nr. 157: Quodsi deperditum fuerit testamentum, si rite et solenniter factum constet, tum tenorem ejus duobus testibus probari posse existimatur. Brunnemann, com. in C. ad l. 18 de test. (4, 20) nr. 7: — Tria ergo hoc casu probanda: 1. quod instrumentum confectum; 2. quod instrumentum illud casu fuerit perditum; 3. quod haec fuit summa deperditi instrumenti, adeo ut si testamentum sit amissum, hoc per duos testes juxta praedicta tria capita probari possit. — Mantica, de conj. ult. vol. Lib. XII tit. 16 nr. 15. Mascard. de Probat. concl. 909 nr. 4. Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 3 d. 41. Pufendorf, Obs. jur. univ. I obs. 141. Seuffert, Archiv II Nr. 359, XIII Nr. 154. v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) II S. 808 f. und die daselbst angeführten Schriftsteller.

[3]) Nach gemeinem Recht ist dies nur unter der Voraussetzung der Fall, wenn die Thatumstände von solcher Beschaffenheit sind, daß sie dem Delaten bekannt sein konnten oder mußten. v. Holzschuher a. a. O. S. 810. Mit Unrecht verwirft Glück, Com. VII S. 508, unbedingt dieses Beweismittel, während

Nicht ohne Zweifel ist die Beantwortung der Frage, ob die Aussage einer einzelnen bei dem Testamentsakte thätig gewesenen Gerichtsperson vermöge der auch nach gemeinem Rechte geltenden Vorschrift des § 10 Nr. 6 Tit. 13 der Proz.-Ord.[1]) für sich allein vollbeweisend sei. Unbedenklich ist die Frage zu verneinen, wenn es sich um die Feststellung des Inhalts eines dem Richter versiegelt überreichten Testamentes oder Codicilles handelt, weil die von Jenem darüber erlangte Wissenschaft nur eine Privatwissenschaft sein kann, so daß der Richter hier einem gewöhnlichen Zeugen gleichsteht. Außer diesem Falle läßt sich für die Anwendung des gedachten Grundsatzes geltend machen, daß die Beurkundung der vom Testator abgegebenen Erklärung, zu der vor Allem die Entgegennahme derselben gehört, eine Amtshandlung bildet,[2]) wenn auch freilich auf der andern Seite nicht zu läugnen ist, daß der Richter über den durch ihn beurkundeten Willen des Testators nicht Rede und Antwort zu geben hat, daß er daher, wenn er darüber als Zeuge berufen wird, nicht in amtlicher Eigenschaft auftritt.

Die Bestimmung des § 603, welche den Erfüllungseid ausschließt, hat die von mehreren Rechtslehrern bezeugte gemeinrechtliche Praxis gegen sich,[3]) desgleichen die Vorschrift des Codex Juris Bavarici Judiciarii von 1753 Kap. 11 § 12, welche dahin geht:

„Wer seines Documents nicht aus eigenen Verschulden oder Für-

---

Andere dasselbe unbedingt zulassen wollen. Quistorp, Beitr. zur Erläut. verschied. Rechtsmaterien S. 232. Vergl. auch Strippelmann, die Eideszuschiebung nach gemeinem und Hessischen Privatr. S. 117.

[1]) „Eine Thatsache ist für völlig erwiesen anzunehmen — wenn ein in Eid und Pflicht stehender Officiant, in Sachen, welche sein Amt unmittelbar betreffen, Auskunft gibt —."

Vergl. Wetzell, System des ordentl. Civilproc. § 23 Note 74. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon XV S. 327, 328.

[2]) Es läßt sich dagegen auch nicht die von Mevins, Decis. IV nr. 13 mit der Ueberschrift: „Ad testamenti probationem non sufficit Notarii de eo assertio, sed alia opus est" mitgetheilte Entscheidung anführen, da dieselbe, wie die Nota 4 ergibt, auf der Erwägung beruhte: Notariis quidem in his quae officii sui sunt, multum fiei, nunquam vero tantum tribuitur, ac soli possent testificari et duorum omni exceptione majorum testium vicem suppleant, ideo singuli plenam fidem faciant, quod vel circa testamenta et instrumenta hinc evidens est, quod Notarii scriptura sola sine testibus non sufficit.

[3]) Berger, oecon. jur. Lib. II tit. 4 not. 5: Imo nihil vetat, quominus,

satz, sondern durch . . . unversehene Zufälle verlustigt wird, soll zwar 1mo in der Prob so weit erleichtert werden, daß er den Inhalt des verlohren gegangenen Documents, und was nach Beschaffenheit des Geschäfts zu dessen Valor sowohl in- als äußerlicher Form nach de Jure erfordert wird, vollständig zu beweisen nicht schuldig ist, sondern es kann auch eine halbe Prob benebst dem Eid hierzu erklecken, wenn nur 2do zuforderst der angebliche Casus fortuitus genugsam erprobt und annebens 3tio durch wahrscheinliche Muthmaßungen glaublich dargethan, auch gestalten Dingen nach mit einem körperlichen Eid erhärtet ist, daß das Document andergestalt nicht, als durch sothanen Unglücksfall zur Verlust gegangen seye . . ." [1])

Uebrigens ist in Betreff der Anwendung des § 603 noch auf die Präjudizien unseres Ober-Tribunals hinzuweisen:

Nicht bloß dann, wenn ein gerichtlich deponirtes Testament noch vor der Publikation, sondern auch dann, wenn das Testament erst nach erfolgter Publikation an die Interessenten, jedoch vor geschehener Aussertigung desselben verloren gegangen ist, ist zur Restauration desselben ein vollständiger Beweis erforderlich, der durch einen Erfüllungseid nicht zu ergänzen ist.

Präj. vom 15. Juni 1848. [2])

Ueber den Inhalt eines verloren gegangenen Protokolls über die Annahme eines verschlossen übergebenen und gehörig überschriebenen Testaments ist ein durch einen Erfüllungseid ergänzter Beweis statthaft. Präj. vom 25. Januar 1849. [3])

---

vel uno testante extante, jurijurando suppletorio locus esse possit (Mittheilung eines Rechtsspruches der Juristen Fac. zu Jena von 1700). Pufendorf, Obs. jur. univ. P. I obs. 138 § 6, woselbst eine den Kläger über die Existenz eines streitigen Testaments zum Erfüllungseide zulassende Entscheidung des Tribunals zu Celle vom 28. Septb. 1743 mitgetheilt ist.

[1]) Daß diese Vorschrift auch für Testamente gilt, ist in den Anmerkungen v. Kreittmayr's ausdrücklich gesagt, indem hier bemerkt wird: „Also wann z. E. ein Testament verlohren gehet, so muß nicht nur der Inhalt desselben, sondern auch alle sowohl ad formam internam als externam erforderliche Requisita Testamenti saltem Semiplene bewiesen, sohin mit denen Articulis Probatorialibus vel Interrogatoriis darauf reflectirt werden —."

[2]) Entscheid. des K. Ob. Trib. B. 17 S. 208 f.

[3]) Ebendas. S. 224.

Strafe desjenigen, welcher Jemanden an Errichtung eines Testaments, oder an dessen Uebergabe, oder an dessen Widerrufe hindert, oder ein Testament verheimlicht, desgleichen desjenigen, der durch Gewalt oder Betrug ein Testament erwirkt hat.

§ 605. «Wer einen Anderen an Errichtung seines Testaments erweislich verhindert hat, geht aller Vortheile verlustig, die er vermöge der gesetzlichen Erbfolge, oder eines vorhin errichteten Testaments sonst erhalten hätte.»

§ 606. «Wer zur Beförderung seines eigenen Vortheils, oder zur Kränkung der Rechte eines Dritten, die gerichtliche Uebergabe eines schon gefertigten Testaments verhindert, muß denen, welche darin bedacht waren, für die entgehenden Vortheile gerecht werden.»

§ 607. «Wer Jemanden an dem Widerrufe seines errichteten Testaments hindert, verliert alle darin ihm verschafften Vortheile, und muß noch außerdem denjenigen, zu dessen Besten der Widerruf gereicht haben würde, vollständig entschädigen.»

§ 608. «Wer ein Testament, oder andere letztwillige Disposition verheimlicht, der verliert nicht nur alle ihm darin zugedachten Vortheile; sondern er muß auch den Betrag desjenigen Vortheils, den er sich durch die Verheimlichung zu verschaffen gedachte, dem Fiscus zur Strafe entrichten.»

§ 609. «In Fällen, wo nach der Vorschrift § 23. 24. 25. ein Testament wegen verübten Zwanges, oder betrüglicher Verleitung für ungültig erklärt werden muß, wird derjenige, welcher einer solchen unerlaubten Handlung sich schuldig gemacht hat, seines gesetzlichen Erbrechts ebenfalls verlustig.»

§ 610. «Hat er kein gesetzliches Erbrecht, so muß er, nach Bewandniß der Umstände, an Geld oder am Leibe, nachdrücklich bestraft werden.»

387. Diese Vorschriften behandeln die auch dem gemeinen Recht (und zwar in größerer Zahl) bekannten Fälle der Erbunwürdigkeit

(Indignität),[1]) nur mit dem Unterschiede, daß das Exeptionsrecht des Fiskus nicht anerkannt ist.[2])

Dieselben finden sich großentheils schon in älteren deutschen Partikularrechten.

Rechtsordnung von Gülich und Berg von 1564 Cap. 69. „So auch einiche person van jemandt anders bedrangt wurde, sein Testament vnd letsten willen vnbillicher weiß, vnd anders dan jme geliebt, in solichen beweglichen vnd farenden habe und gueteren vffzurichten, so soll dasselbig krafftloß vnd van vnwerde sein, auch der bedranger, da er ausserhalb des Testaments, van des abgestorbenen verlassenen farenden habe vnd gueteren ichtwes hette bekhommen mögen, dasselbig darmit als mit der that, verwirckt haben. Wie soliche peen vnd straff auch gegen den stat haben soll, der die vffrichtung eines Testaments, der beweglichen vnd farenden habe vnd gueter halber verhinderen wurde."

Erneuert. Land-Recht des Herzog. Württemberg von 1610. Th. III Tit. 17 § 7. „— Da auch die Eltern, durch solcher ihrer Kinder oder Enckel sperrung, an auffrichtung ihres Letsten Willens verhindert bliben, und also darunder ohntestiert abstürben, und solches hernacher durch die, so die Elter in ihrem vorhabenden Letsten Willen, mit verschaffung, oder in andere weg zu bedencken vorhabens gewesen, fürgebracht, alsdann sollen, auff Beklagung und gründtliche Beweisung der Sachen, solche Kinder oder Enckeln von Unsern Amptleuten und Gerichten nichts destoweniger aller ihrer angemaßten Erbgerechtigkeit, darinn der Elter vorgehabte Verordnung verhindert worden, entsetzet, und denen gevolgt werden, welchen der Abgestorben solche verschaffen wöllen." [3])

---

[1]) Vergl. Puchta, Pandekten und Vorlesungen § 558. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 479 f. Vering, Röm. Erbrecht S. 286 f.

[2]) Ueber die Anwendbarkeit desselben im heutigen gemeinen Recht vergl. Schilter, Exerc. ad P. 38 §§ 181, 182. S. Stryk, us. mod. P. 29, 6 § 1.

[3]) Die letztere Bestimmung enthält eine sehr bedenkliche Abweichung von dem, nach Beseitigung des Eintrittsrechts des Fiskus, allein natürlichen Grundsatze, daß der Erbunwürdige als gar nicht vorhanden gilt, die Erbschaft daher den übrigen Erben des Verstorbenen zufällt, Demjenigen aber, zu dessen Gunsten der Erblasser testiren wollte, nur eine Entschädigungsklage gegen den Schuldigen zusteht. Vergl. das von Stryk l. c. mitgetheilte Responsum der Leipz. Jur. Fac. vom Juni 1704.

Die ganze Vorschrift ist übrigens wörtlich aufgenommen in das revid. L.-R. des Herz. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 5 Art. 1 § 4. Dagegen verordnet das Land-Recht der Markgr. Baaden 2c. von 1710 Th. VI Tit. 17 § 6. „Nicht weniger, so er den Testierer gefährlicher Weiß hinderte, mit seinem letzten Willen, seines Gefallens und Beliebens, zu verfahren, auff was Weiß und Weg nun das beschehe, soll dasjenige, so ihm vermacht worden, oder auch ohne Testament auß des Verstorbenen Verlassenschaft gebühret, Unser Cammer heimgefallen seyn."

Erneuert. Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 8 §§ 1—3. „— Es haben dieselben Recht demjenigen, so jemandt sein Testament oder andern Letzten Willen, zu machen, durch Abwendung oder Abschreckung der gebetteuen Zeugen, oder in einigem andern weg, verhinderlich ist, Oder dagegen, vmb seines eigenes Nutzens willen, den, so zu Testiren gar nicht gemeint, sondern zuvor seine natürliche vnd rechte Erben weiß vnd hat, zum Testiren, sonderlich aber jhnen zum Erben einzusetzen, wider seinen Willen nötiget, ein ernstliche Straff aufferlegt.

Vnd nemlich, daß derselbig aller seiner Erbgerechtigkeit soll verlustigt, vnd dieselbig dem Keyserlichen Fisco, (an dessen statt, in Krafft sonderbarer Priuilegien vnd Freyheiten, dieses Falls, Wir der Raht tretten) soll verfallen seyn.

Doch, so die andern desselben Miterben, solcher Mißthat vnwissend vnd vnschuldig weren: So sollen sie deß Mißthäters nicht entgelten, sondern bey jhrer Erbgerechtigkeit gelassen werden. Welchs alles Wir auch also wollen gehalten haben."

Kais. Land-Ger.-Ord. des Stiffts Würtzburg und Hertzog. zu Francken von 1618 Th. III Tit. 53 § 1. „— So wollen wir, da jemand zu Aufrichtung eines Testaments oder letzten Willens gezwungen und genöthiget würde, daß derselbige letzte Wille nichtig und kraftloß seyn, und wo dem Betränger, auch außerhalb solchen letzten Willens, von des Abgestorbenen Haab und Güthern sonsten etwas, viel oder wenig gebühret hätte, daß ihme nichts gefolget, sondern er dasselbe alles verwürcket haben, welches den nechsten andern Erben zufallen solle." § 2. „Ebenmäßig, wo jemand den andern an Aufrichtung seines letzten Willens und Testaments, oder an der Aenderung desselbigen gefährlicher Weiße und beharrliche Hinderung gethan, mit demselben soll es auch, wie oben gemeldet, gehalten werden." [1])

---

[1]) Das Baier. L.-R. Th. III Kap. 1 § 20 verordnet nur: „Es werden aber heut zu Tage nur folgende für unwürdig geachtet — 4to wer Zwang braucht, damit die Disposition entweder gemacht oder unterlassen werde —" (vergl. dazu v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 5).

Von den neueren Gesetzgebungen bestimmen:

das Oesterreich. bürg. G.-B. § 542. „Wer den Erblasser zur Erklärung des letzten Willens gezwungen, oder betrüglicher Weise verleitet, an der Erklärung, oder Abänderung des letzten Willens gehindert, oder einen von ihm bereits errichteten letzten Willen unterdrückt hat, ist von dem Erbrechte ausgeschlossen, und bleibt für allen einem Dritten dadurch zugefügten Schaden verantwortlich."

das Sächs. bürg. G.-B. § 2277. „Unwürdig jedes Erbrechtes — ist Derjenige, welcher ... durch Zwang oder Betrug bewirkt, daß der Erblasser eine letztwillige Verfügung trifft oder nicht trifft, ändert oder nicht ändert, oder welcher einen schriftlichen letzten Willen des Erblassers oder eine über einen mündlichen letzten Willen abgefaßte Urkunde zum Nachtheile eines Dritten unterdrückt, fälscht oder beweisunfähig macht." § 2278. „Im Falle der Unwürdigkeit eines Erben

388. Die Frage:

wann ist anzunehmen, daß Jemand an Errichtung eines Testaments oder am Widerrufe eines solchen verhindert worden?

kann nur nach der Lage des Falles, unter Anwendung der allgemeinen Rechtsgrundsätze, entschieden werden.[1])

Die §§ 605—607 sind auf den physischen Zwang nicht zu beschränken, beziehen sich daher auch auf den psychologischen, die Willensfreiheit des Testators aufhebenden Zwang,[2]) welchem auch betrügliche Vorspiegelungen gleichzustellen sind.[3])

389. In den §§ 605—607 ist nur von Testamenten die Rede. Daß die §§ 606, 607 auch bei Codicillen anzuwenden sind, wird mit Bornemann (VI S. 130 f.) unbedenklich anzunehmen sein, da der hier angedrohte Rechtsnachtheil auch für Codicille vollkommen zutrifft und in Ansehung ihrer als ein minus erscheint. Anders steht die Sache in Betreff des § 605, welcher in dem hier vorgesehenen

---

ist die Erbfolge so zu bestimmen, als wäre der Unwürdige vor dem Erblasser gestorben." § 2280. „Die Unwürdigkeit des Erben ist nicht amtshalber zu berücksichtigen."

[1]) Voet, com. ad P. 29, 6 nr. 5: Ex quibus autem factis et indiciis colligi possit, aut coactionem, aut metum, aut immoderatas dolosasque blanditias ad testamentum extorquendum vel impediendum intervenisse, petendum ex iis, quae habet Menochius, de praesumt. lib. 3 praes. 126, 127, 128. lib. 4 praes. 11, 12. Peckius, de test. conj. lib. 1 cap. 2. Sande, decis. Fris. lib. 4 tit. 1 def. 11. Carpzov, def. for. p. 3 const. 5 def. 7 sq. Mascardus de Probat. concl. 193. Berlichius concl. pract. p. 3 concl. 7. Meyer, coll. Arg. ad P. h. t.

Vergl. auch den in der Arnsb. Jurist. Monatsschr. I (1855) S. 155—167 mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Simon und v. Strampff, Rechtssprüche IV S. 81 f.

[3]) Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 9. Juni 1856 (in dessen Entscheid. B. 33 S. 57 ff.).

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 5 def. 10: Sicuti testamenti factio ullis verbis dolosis — haud extorquenda est, ita nec vicissim ejusmodi callidis persuasionibus — institutio heredis impediri debet... quo casu illi, in cujus praejudicium facta est prohibitio, competat actio de dolo vel in factum subsidiaria ad interesse contra eos, quorum sollicitudine effectum est, quominus sibi quid relinqueretur... v. Kreittmayr a. a. O.: Zwang und Hinterlist, wodurch eine letztwillige Disposition entweder zu wege gebracht, oder verhindert wird, macht denjenigen, welcher dergleichen zu Schulden bringt, der Erbschaft ebenfalls unwürdig . . .

Falle den Verlust des gesetzlichen Erbrechts androht, eine Strafe, die zu hart erscheint, wenn es sich um die Verhinderung eines bloßen Codicilles handelt. Bornemann will deshalb den § 605 buchstäblich, also nur von Testamenten verstanden wissen, so daß für den Fall der verhinderten Errichtung eines Codicilles nur die allgemeinen Vorschriften über den Ersatz des durch unerlaubte Handlungen verursachten Schadens maßgebend seien. Erwägt man jedoch, daß unser Landrecht zwischen Testament und Codicill mehr dem Wortbegriffe als dem Wesen nach unterscheidet,[1]) so läßt sich eine solche buchstäbliche Auffassung des Wortes „Testament" im § 605 um so weniger rechtfertigen, wenn man zugeben muß, daß dieser Ausdruck in den unmittelbar folgenden §§ 606, 607 in einer allgemeineren Bedeutung gebraucht sei.

390. Auch die Vorschrift des § 609 stimmt mit dem gemeinen Rechte überein.[2]) Mit Unrecht hatte die Preuß. Gesetz-Commission in einer Entscheidung vom 16. Juli 1789[3]) den Satz angenommen:

> daß ein Intestaterbe, welcher den Erblasser durch unrechtmäßige Zudringlichkeiten zum Nachtheil seiner Miterben ein ihm vortheilhaftes Testament zu errichten vermocht hat, nur nach Beschaffenheit des dem

[1]) s. B. I S. 307 f.

[2]) Es wird hier nur darüber gestritten, ob der Erbtheil des Unwürdigen dem Fiskus oder den übrigen Erben zufällt. Berlich, concl. practicab. P. III concl. 7 nr. 24: Si testamentum vi, dolo, vel importunis efflagitationibus confectum annullatur et impugnatur, hereditas vel ad fiscum vel ad alios heredes ab intestato defertur. Pufendorf, Obs. jur. univ. P. II obs. 10 § 6: Quid si ex pluribus heredibus legitimis unus testatorem per vim vel dolum adegerit, ut se heredem solum scriberet, an ceteri heredes legitimi plus capiant, quam alias ab intestato habituri sint, ut criminosi portio, quam ab intestato haberet, fisco cedat? Quod non absurdum est dicere... Humanius tamen dicetur, portionem ceteris heredibus legitimis accrescere... Hofacker, Princ. jur. civ. § 1617: — cum vero ex pluribus heredibus legitimis unus vel quidam testatorem per vim dolumve adegerint, ut se solos heredes scriberet, portio criminosorum, ab intestato ipsis cessura, his tanquam indignis a fisco eripitur. v. Kreittmayr a. a. O.: — Eine erzwungen- oder dolose erschlichene Disposition ist ex defectu voluntatis ipso jure null, quia vis et dolus excludunt consensum, einfolglich kommt die Sach ad casum intestati, und succediren heredes legitimi, welche Fiscus nicht ausschließen kann, außer soweit sie sich des begangenen Zwangs und Hinterlists theilhaftig, sohin auch desjenigen, was ihnen ab intestato zukommt, dadurch unwürdig gemacht haben. Lauterbach coll. P. 29, 6 § 5. Stryk 29, 6 § 2. Leyser sp. 375 § 7, 8.

[3]) Klein, Annalen V S. 196.

Erblasser inserirten Zwanges und der Sträflichkeit derjenigen Mittel, deren er sich dazu bedient hat, in eine arbiträre Strafe zu nehmen, übrigens aber dessen Erbtheil dieserwegen nicht pro bono ereptitio zu achten sei. [1])

Verstärkung der letztwilligen Verordnung durch Anerkenntniß.[2])

§ 611. «Der Erbe und Legatarius, welcher eine letztwillige Verordnung einmal anerkannt hat, kann deren Gültigkeit nicht weiter anfechten.»

§ 612. «Einem ausdrücklichen Anerkenntnisse ist es gleichzuachten, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testamente ohne Vorbehalt bezahlt, oder wenn der Legatarius ein solches Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat.»

§ 613. «Doch muß dem Legatario sowohl, als dem Erben rechtliches Gehör verstattet werden, wenn sie nachweisen können, daß die Gründe, aus welchen sie die Verordnung anfechten wollen, erst nach dem Anerkenntnisse zu ihrer Wissenschaft gelangt sind.»

391. Ueber die Bedeutung dieser, im gedruckten Entwurfe unseres Gesetzbuches noch fehlenden, erst auf den Vorschlag mehrerer Monenten später hinzugefügten Vorschriften spricht sich unser Ober-Tribunal in dem Erkenntnisse vom 3. Juni 1848[3]) dahin aus:

Nach der Natur des Erbrechtssystems des Allg. Landrechts muß diesem eine solche Bestimmung, wie das Römische Recht in der L. 5 pr. D. de his, quae ut indignis (34. 9.) enthält:

„Post legatum acceptum non tantum licebit, falsum arguere testamentum, sed non jure factum contendere; inofficiosum autem dicere non permittitur,"

freilich fremd sein; eben aber, weil die Bestimmung des § 612 a. a. O. so allgemein ist, vernichtet ein solches Anerkenntniß nicht

---

[1]) Gebr. Overbeck, Medit. IV Nr. 459 treten dieser Ansicht bei, wiewohl sie die entgegengesetzte als die herrschende anerkennen.

[2]) Vergl. Francke, Ueber die Anerkennung ungültiger letztwilliger Dispositionen (im Archiv für die civilist. Praxis B. 19 S. 177—213), Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 134—151, Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X S. 925—930, v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl.) II S. 834—838.

[3]) Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 16 S. 306 f.

blos die Einwendungen gegen den Inhalt des Testaments, sondern auch die gegen dessen Form, und gegen die Fähigkeit des Testators, zu testiren. Auch darf ein solches Anerkenntniß nicht blos den Pflichttheilsberechtigten Notherben, sondern auch jedem Intestaterben entgegengesetzt werden, wenn der instituirte Erbe mit dem Erblasser entweder gar nicht, oder im entfernteren Grade verwandt ist, als der Prätendent. Nicht minder ergeben aber auch die Materialien des Allg. Landrechts, wie die im § 611 Tit. 12 Th. I gewählten Worte „kann die Gültigkeit nicht weiter anfechten," daß die Redaktoren sich wohl bewußt gewesen sind: es würden durch das Anerkenntniß solche äußere oder innere Fehler eines Testaments, welche dasselbe ungültig machen würden, nicht sanirt; das sogenannte Anerkenntniß, sei es von einem im Testamente gänzlich präterirten, oder auch zu Unrecht exheredirten Notherben, oder von einem bloßen Intestaterben abgegeben, sei vielmehr nichts anders, als entweder ein Vergleich über die zweifelhafte Gültigkeit des Testaments, oder ein Verzicht auf die Nullitäts-, beziehungsweise Inoffiziositätsklage; nach der Natur dieser Rechtsgeschäfte könne aber nur ein ausdrückliches Anerkenntniß in der Regel bindend sein, und die einzige Ausnahme davon mache der § 612, indem er einem ausdrücklichen Anerkenntnisse es gleich achte, wenn der Erbe Vermächtnisse aus dem Testamente ohne Vorbehalt gezahlt, oder der Legatar ein ihm zugedachtes Vermächtniß ohne Vorbehalt angenommen hat. Dieser Ausnahmefall ist jedoch nur da rechtlich denkbar, wo der auf Grund des Testaments Zahlung Leistende, beziehungsweise der solche Empfangende, darin auf irgend eine Weise zum Honorirten erhoben worden; wogegen bei im Testamente ganz übergangenen Intestaterben von einem Anerkenntnisse desselben blos durch ihre konkludente Handlungen nach der landrechtlichen Theorie nicht die Rede sein kann.[1])

---

[1]) Auch in späteren Entscheidungen hat der höchste Gerichtshof diese Grundsätze festgehalten. Erkenntniß vom 24. Juli 1848: — — Zur Zeit der Redaction des A. L.-R. bestand eine alte, nicht erledigte Streitfrage, ob ein ungültiges Testament namentlich durch Anerkennung der Intestaterben zu Kräften komme. Nach der Ansicht der bewährtesten Rechtslehrer ist dabei zu unterscheiden:

1. zwischen bloß anfechtbaren, rescissibeln Testamenten, bei welchen das Anerkenntniß einen einfachen Verzicht auf die Anfechtung enthält. Dieser Verzicht ist gemeinrechtlich in jeder Form, also auch stillschweigend wirksam und eine Anwendung davon ist der Satz, daß die querela inofficiosi für den Pflichttheilsberechtigten wegfällt, welcher durch Annahme eines Legates ohne Vorbehalt oder durch Auszahlung eines Legats aus dem anfechtbaren Testamente dasselbe anerkannt hat. Anders verhält es sich dagegen
2. mit dem testamentum nullum, liege der Grund der Nichtigkeit in dem Mangel der Form, der Testirfähigkeit, oder in andern Gründen. Ein solches Testament ist juristisch als nicht vorhanden anzusehen.

Hiernach dürfen wir in unseren Vorschriften nicht eine Bestätigung der Lehre der neueren Civilisten suchen:

> Die Anerkennung eines ungültigen Testaments von Seite dessen, welchem die Ungültigkeit zum Vortheil gereicht, kann nicht ohne weiteres und absolut das ungültige Testament zu einem gültigen machen; denn die Bedeutung der Gültigkeit ist wesentlich absoluten, nicht bloß vermittelnden Rechtes. Eine solche Anerkennung kann also Niemanden zum Testamentserben machen, der es ohne dieselbe nicht wäre, sondern es können sich damit nur solche rechtliche Folgen verbinden, welche wirklich dem freien Vertrage oder Verzichte anheimfallen. Sie kann aber bei dem wirklichen Erben die Bedeutung einer Repudiation haben. Und wenn die Ungültigkeit nicht eine objective und absolute ist, sondern eine bloße Anfechtbarkeit, welche in den Willen einer bestimmten Person gelegt ist, so fällt allerdings

---

Eine Anerkennung durch die Intestaterben kann mithin nur als Verzicht auf ihr Intestaterbrecht behandelt werden. Es bleibt ihnen natürlich überlassen, die Erbschaft an die in dem nichtigen Testamente Berufenen zu veräußern. Auch ein Vergleich über das Testament hat in diesem Falle nur den Charakter eines besonderen Veräußerungsgeschäfts über die Erbschaft. (Mühlenbruch in Glück's Com. B. 38 S. 134 f. Francke im civilist. Archiv B. 19 Nr. 7.)

Das A. L.-R. hat diese Unterscheidung nicht ausdrücklich aufgenommen, erklärt vielmehr jedes Anerkenntniß für genügend. Es will also anscheinend auch ein nichtiges Testament in Folge der Anerkennung als bestehend angesehen wissen. Unmöglich kann dies aber so gemeint sein, daß jede letztwillige, vielleicht außergerichtliche oder bloß mündliche Willensäußerung durch jede mündliche oder sonst formlose Erklärung der Erben zu einem gültigen Testamente werden sollte. Auch bei der Vorschrift des A. L.-R. bleibt offenbar die Rücksicht bestehen: daß die Anerkennung eines ungültigen Testaments einen Verzicht des Anerkennenden auf sein sonstiges Erbrecht zu Gunsten dieses Testamentserben enthält. Dieser rechtliche Charakter des Verzichts bestimmt die Form des Anerkenntnisses. Es bedarf daher mindestens der schriftlichen Form. Der § 612 Tit. 12 enthält eine aus dem damals geltenden gemeinen Rechte beibehaltene Spezialentscheidung und erscheint als singuläre Ausnahme. Das Anerkenntniß ist also in seiner Form nach den Regeln von Verzichten auf erworbene Rechte zu beurtheilen. (Juristische Wochenschrift 1848 Sp. 363 f.)

Erkenntniß vom 14. Februar 1859: Nur ein, sei es nach den gesetzlichen Vorschriften über Vergleiche, oder nach denen des Verzichts abgegebenes ausdrückliches Anerkenntniß der letzwilligen Verordnung ist bindend. Was aber den § 612 anbetrifft, so ist diese Bestimmung dem Erbrechtssysteme des A. L.-R. fremd. Derselbe ist eine aus dem damals geltenden gemeinen Recht aufgenommene Spezialvorschrift, die sich als eine singuläre Ausnahme darstellt. (Striethorst, Archiv B. 32 S. 250 f.)

jedes Hinderniß der Gültigkeit weg, sobald das Testament gerade von dieser Person anerkannt wird.[1])

Die Quelle der landrechtlichen Bestimmungen ist nur in der älteren gemeinrechtlichen Doktrin zu finden. So lehrt v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 2 § 14 Nr. 9:

Jeder letzter Will leidet agnitionem, er bestehe gleich in einem Testament, Codicill oder anderer dergleichen Willensverordnung. Zwischen giltigen und ungiltigen letzten Willen ist bißfalls kein Unterschied, die letztere können eben so gut als die erste ex agnitione bestehen. Eine solche gutwillige Anerkennung wird nicht nur in den Rechten gebilliget,[2]) sondern ist auch als ein Zeichen von großmüthiger Denkungsart bey Plinio in L. 2 Epist. 16 hoch angeprisen, da er sagt: Ego propriam quandam legem mihi dixi, ut defunctorum voluntates, etsi jure deficiant, quasi perfectas tuear.

Nr. 10. Ein letzter Will, welcher einmal agnoscirt worden, kann ab agnoscente nachmahls nicht wiederum angefochten werden. Per notoriam regulam: quae semel placuerunt, amplius displicere non possunt (c. 21 de R. J. in 6to. l. 75 D. de R. J.). Doch gehet die Agnition niemal weiter als in praejudicinm agnoscentis, einem Dritten aber schadet sie keinesweges und hindert auch nicht, daß das Onus von dem, was agnoscirt worden etwann größer als das Commodum sey, sofern nur Agnoscens von dem übernommenen Onere gute Wissenschaft gehabt hat. Agnitio testamenti ziehet auch agnitionem codicilli accessorii, nicht aber vice versa agnitio codicilli agnitionem testamenti nach sich. Dann dergleichen Codicillen seynd Pars testamenti . . .[3])

---

[1]) v. Keller, Pandekten § 497. Vergl. Pagenstecher, Pandekten-Praktikum S. 685.

[2]) l. 2 C. de fideic. (6, 42): Etsi inutiliter fideicommissum relictum sit, tamen si heredes comperta voluntate defuncti, praedia ex causa fideicommissi avo tuo praestiterunt, frustra ab heredibus ejus de ea re quaestio tibi movetur, cum non ex ea sola scriptura, sed ex conscientia relicti fideicommissi defuncti voluntati satisfactum esse videatur. l. 23 eod.: Si veritas vel solennitas juris deest, nec amplexus parentis voluntatem relicta dedisti, vel transactionis causa stipulantibus promisisti, negotiumque integrum est, ad solutionem urgeri non potes. l. 16 § 1 C. de test. (6, 23): Illud etiam adjiciendum est, ut qui ex testamento vel ab intestato heres extiterit: etsi voluntas defuncti circa legata seu fideicommissa seu libertates legibus non sit subnixa: tamen si sua sponte agnoverit, implendi eam necessitatem habeat.

[3]) Manzius, de test. valid. et inval. tit. 5 qu. 6 nr. 34: testamentum ex eo salvari, si heredes legitimi expresse fateantur, hanc esse Defuncti dispositionem et voluntatem. Consil. Tubing. VI cons. 91 nr. 101: Es kommet

392. Die Anerkennung eines letzten Willens kann in mannigfaltiger Weise und in sehr verschiedenen Richtungen erfolgen und eben deshalb auch ihre Wirkung eine sehr verschiedenartige sein.

a. Der Testamentserbe erkennt schon durch die Erbschaftsantretung (d. h. bei uns durch Nichtausschlagung der Erbschaft) das Testament an. Er muß den letzten Willen, der ihn zur Erbschaft berufen und in der Weise, wie er ihn berufen, gegen sich gelten lassen [1]) und kann sich daher den vom Testator der Erbeinsetzung beigefügten Beschränkungen nicht entziehen.[2])

---

hinzu, daß nach der von Klägerin übergebenen memorialis die Frau Beklagte dises selbsten bekannt, daß auch der Frau Klägerin erzeugte Kinder zu dieser Erbschaft beruffen worden. Wann nun dise Confession zu rechtlicher genüge probirt werden könnte, so würde um so mehr aller zweifel auß dem weg geräumt. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 9 def. 13. Testamentum fratris ratione solennium invalidum a fratre probatum, ab ejusdem liberis, defuncto eo impugnari non licet. Wernher, sel. obs. for. T. II P. VII obs. 242. Qui testamentum, cognito ejus tenore, semel agnovit, illud impugnare non valet, etsi vires hereditatis ignoraverit. Eod. obs. 245. Ultima voluntas, illegitime licet condita, subsistit, quando heredes, ab intestato successuri, eandem semel approbarunt. (Respons. der Wittenberg. Jur. Fac. vom Januar 1680.) Hellfeld, Jurispr. for. § 1427: — Convalescunt tamen hujusmodi nulla et injusta testamenta, si heredes ab intestato illa sponte agnoscant.

Die richtige Ansicht, daß nur die Anfechtbarkeit eines Testaments, nicht aber ein solcher Mangel, vermöge dessen es demselben von vornherein an allem Rechtsbestande gebricht, durch Anerkennung beseitigt werden kann, findet sich aber auch schon bei älteren Rechtslehrern. Averan. Interpret. jur. I 10. Grupen, disc. for. c. 5. Frick, Diss. (Helmst. 1771) de testamento nullo, insecuta heredum ab intestato adprobatione, nunquam in formam validi testamenti reconvalescente. Hofacker, Princ. jur. civ. § 1339: Quae ab initio non valent testamenta nec tractu temporis, remoto impedimento, nec heredis legitimi adprobatione possunt convalescere.

[1]) Vergl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom J. 1848: Es ist zu unterscheiden zwischen einer bloßen einfachen Erbschaftsantretung, aus welcher die Absicht, den Willen des Testirers in allen Stücken zu erfüllen, nur stillschweigend gefolgert wird, und einer ausdrücklichen Anerkennung des Testaments, welche das ausdrückliche Versprechen in sich schließt, den Vorschriften des Testaments allenthalben nachzukommen. In allen Fällen, wo nicht von einem testamento correspectivo oder eigentlichem Erbvertrage die Rede ist, gibt es außer der unbedingten Antretung oder unbedingten Ausschlagung der testamentarischen Erbschaft noch einen dritten Ausweg für den Erben, nämlich diesen, unter einer Protestation anzutreten, daß er denjenigen Bestimmungen, zu welchen der Testator gesetzlich nicht befugt war, und welche daher nicht gelten, namentlich

Eine wichtige Anwendung hiervon auf wechselseitige Testamente unter Eheleuten enthält der § 492 Tit. 1 Th. II:

„Nimmt er (der überlebende Ehegatte) die Erbschaft aus dem Testament an: so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen, zugewendet habe."

---

den Verfügungen über das eigene Vermögen des Erben, damit sich nicht unterwerfen wolle. — Es steht aber der Einwilligung in diese Bestimmungen und dem Verzichte auf die Rechtsregel „nemo magis est onerandus, quam fuit honoratus" nichts entgegen, sobald der Erbe sich freiwillig zu diesem Verzichte entschließt. Unicuique licet contemnere, quae pro se introducta sunt. Fr. 41 de minor. (4, 4); fr. 69 de reg. juris.

Kein Prohibitivgesetz spricht gegen eine solche Entsagung; ja selbst das eigenthümliche Vorurtheil der Römer gegen Erbverträge verliert in diesem Falle wesentlich an seiner Bedeutung, weil der Erbe, welcher seinen eigenen Nachlaß dereinst den von seinem verstorbenen Erblasser dazu auserlesenen Fideicommissar-Erben zuzuwenden verspricht, hierdurch nicht lediglich nach eigener Willkür mit dem honoratus contrahirt, sondern den Willen eines Verstorbenen erfüllt, welchem er Pietät und Dankbarkeit schuldig ist. Demnach scheint kein ausreichender Grund vorzuliegen, den Stellen des römischen Rechts, welche der Anerkennung des Testaments eine solche Wirkung beilegen, wie z. B. der C. 16 § 1 de testam. (6, 23), einen beschränkteren Sinn unterzulegen. (Seuffert, Archiv II Nr. 204.)

[2]) Vergl. den in Glaser's u. Unger's Samml. civilrechtlicher Entscheid. des obersten Gerichtshofes zu Wien I Nr. 327 mitgetheilten Rechtsfall. Eine Ehefrau setzte in ihrem Testamente ihren Gatten A mit folgenden Worten zum Erben ein: „Mein Hab und Gut gehört meinem Manne als Erben, so lange er Wittwer bleibt; außerdem soll er die Hälfte haben, die andere Hälfte aber ist dem Notar B zu überantworten." Bei der (nach Oesterreichischem Rechte geltenden) Verlassenschaftsabhandlung unterwarf sich A dem Inhalt des Testaments und nahm die Erbschaft unbedingt an, während der Notar B sich als (eventuell) substituirten Erben zur Hälfte des Nachlasses erklärte. Späterhin trat A, gestützt auf die behauptete Ungültigkeit der ihm auferlegten Bedingung nicht wieder zu heirathen, gegen B mit einer Klage auf Anerkennung des unbeschränkten Alleinerbrechts an. In der 2. und 3. Instanz ist er mit dieser Klage abgewiesen worden. Die Gründe der Entscheidung des obersten Gerichtshofes vom 1. April 1857 lauten: A hat ohne Vorbehalt und Einschränkung seinen Willen erklärt, die Erbschaft auf Grund des Testaments anzutreten. In Folge dieser Erklärung hat der Notar B sich den Anfall der Hälfte des Nachlasses für den Fall der Wiederverheirathung des A vorbehalten. Die Annahme der Bedingung, vermöge deren der überlebende Ehegatte erklärt, für den Fall einer zweiten Ehe auf einen Theil des Nachlasses zu verzichten, enthält nichts Unerlaubtes und nichts Gesetzwidriges, da die Bedingung des Wittwenstandes (im Sinne des Oesterreich. Gesetzbuches) überhaupt nicht als eine absolut unzuläßige zu betrachten ist.

Ein solches Anerkenntniß hat schon als einseitiger Akt volle Wirkung. Es braucht weder den dabei Betheiligten gegenüber abgegeben, noch von ihnen angenommen zu werden.[1])

Es ist daher, wie der § 612 mit Recht bestimmt, schon die vorbehaltlose Zahlung eines vom Testator angeordneten Vermächtnisses als ein wirksames Anerkenntniß zu betrachten.[2])

---

[1]) Backe (in einer in Richter's krit. Jahrb. 1840 S. 783 enthaltenen Rezension) bemerkt hierüber: „Daß ungültig hinterlassene Vermächtnisse durch die, auch bloß wörtliche Anerkennung des oneratus klagbar werden, kann wohl nach l. 16 § 1 C. de test. nicht bezweifelt werden, und es fragt sich nur, wie sonst dieses „agnoscere" zu denken sei, ob nothwendig als pactum mit dem honoratus, oder auch als einseitige Erklärung des oneratus. Letzteres scheint das Richtigere zu sein. Der Begriff des agnoscere an sich enthält eine solche Beschränkung nicht, wie schon seine Anwendung beim inofficiosum testamentum zeigt, wo ganz entschieden die Querel ausgeschlossen wird durch eine Anerkennung, nicht bloß auch anderen Personen gegenüber als den Erben (l. 12 § 1 D. de inoff. test.), sondern auch durch eine ganz einseitige (l. 31 § 4 eod.). Soll eine solche Beschränkung in Betreff einer einzelnen, der Anerkennung beigelegten Wirkung angenommen werden, so muß es dafür besondere Gründe geben. So wird man namentlich, wo ein ungültiger Vertrag durch Anerkennung convalesciren soll, eine vertragsmäßige fordern müssen, gemäß dem Wesen des anzuerkennenden Geschäfts. Anders aber ist es bei letztwilligen Dispositionen; hier erwirbt ja der Legatar sein Recht ohne alle Acceptation bloß durch die Verleihung des Testators und die Antretung des oneratus, es ist also ganz consequent, wenn ein vitium in ersterer purgirt wird durch einseitige Anerkennung des oneratus."

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 30. Oktob. 1860: Zur Konvalescenz von in ungültiger Form angeordneten Legaten genügt nach dem gemeinen Recht die Anerkennung der Verordnung Seitens der Erben, ohne daß es der Acceptation dieser Erklärung Seitens der Honorirten bedarf. Schweder, de agnitione et probatione ultimae voluntatis §§ 23, 25. Seuffert, Pandekten-Recht III § 625. (Striethorst, Archiv B. 38 S. 341 f.)

[2]) Wernher sel. obs. for. T. III P. II obs. 345: — qui legatum, qua tale, solvit, totum testamentum agnoscere intelligitur; nisi cum protestatione solverit, quae facti est, atque adeo ab allegante probari debet. (Respons. der Jur. Fac. zu Wittenberg vom Januar 1724.) cf. Cons. Tubing. Vol. I nr. 3 i. f. Per solutionem quorundam legatorum, in testamento invalido relictorum, an heres etiam ad reliqua obstringatur.

Hierbei streiten die älteren Rechtslehrer darüber, ob die aus einer formwidrigen letztwilligen Verfügung für einige Zeit geleistete Zahlung eines Rentenlegats den Erben auch für die Folgezeit zur Zahlung verpflichte. Vergl. l. 1 C. de fideic. (6, 42): Si probaveris Demetrium petiisse de matre heredeque sua, ut tibi alimenta menstrua et vestiarium annuum praestaret, eamque secutam voluntatem filii sui per multum temporis, id est, non minus in

b. Derselben Beurtheilung unterliegt das vom Intestaterben in Bezug auf ein Intestatcodicill oder die in einem desert gewordenen Testamente enthaltenen Vermächtnißanordnungen abgegebene Anerkenntniß. Nur ist hier der Unterschied wohl zu beachten, daß der Erbe nicht aus dem letzten Willen, sondern unmittelbar aus dem Gesetze sein Erbrecht herleitet, daß daher die bloße Erbschaftsantretung nicht als Anerkennung eines letzten Willens gelten kann, vielmehr eine besondere, auf Anerkennung der codicillarischen Disposition gerichtete Willensäußerung vorliegen muß.

c. Von einem ganz anderen Gesichtspunkte aus ist das Anerkenntniß aufzufassen, welches der zu der gesetzlichen Erbfolge oder gar zu einem Pflichttheil Berechtigte, einem ungültigen oder anfechtbaren Testamente gegenüber, Behufs der Aufrechthaltung desselben abgibt. Durch ein Anerkenntniß solcher Art übernimmt der Erklärende keinerlei Verpflichtung, wie in den bisher beurtheilten Fällen, er verzichtet nur auf ein Recht, nämlich auf die Geltendmachung seines gesetzlichen Erbanspruchs oder Pflichttheilsrechts. Wir haben es daher hier nur mit der Entsagung von Rechten zu thun.[1])

Hierher gehören die Bestimmungen unseres Landrechts Th. II Tit. 2

§ 438. „Wenn der Enterbte das Testament einmal ausdrücklich anerkannt hat, so kann er dasselbe in der Folge nicht mehr anfechten."

§ 439. „Die bloße Annahme eines im Testament ausgesetzten Vermächtnisses ist für ein solches Anerkenntniß noch nicht zu achten."[2])

Nicht auf die Verstärkung letztwilliger Verordnungen durch Anerkenntniß, sondern auf die Wirkung eines solchen Anerkenntnisses den Legatarien (und Erbschaftsgläubigern) gegenüber beziehen sich die Vorschriften Th. I Tit. 16

§ 440. „Haben Intestaterben mit solchen, die durch Testamente oder Verträge zu Erben eingesetzt worden, sich verglichen: so werden dadurch die Rechte der Legatarien, insofern diese die Gültigkeit

---

tali causa triennio, ea praestitisse, ut in futurum quoque ea praestentur, et si qua in praeteritum praestita non sunt, ut exsolvatur, impetrabis. Die Mehrzahl der Juristen faßt dieses Gesetz nur als eine, auf Alimente beschränkte, Ausnahmevorschrift auf. v. Kreittmayr a. a. O.

[1]) Vergl. das Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 24. Juli 1848 (s. oben S. 306 Not. 1).

[2]) Ueber den Grund dieser Vorschrift s. oben S. 60.

des Testaments oder Erbvertrages nachweisen können, nicht verändert."

§ 441. „Diese können daher auch an den dem Intestaterben abgetretenen Theil des Nachlasses sich halten, wenn der Ueberrest zu ihrer Befriedigung nicht hinreicht." [1])

d. Unter den gleichen Gesichtspunkt eines Verzichts auf einen Erbrechtsanspruch [2]) fällt es, wenn ein Intestaterbe oder auch ein Testamentserbe eine solche letztwillige Verordnung anerkennt, worin eine Person zum Erben bez. Miterben eingesetzt ist, die sich (nach den §§ 599, 605 ff.) durch unwürdiges Verhalten ihres Erbrechts verlustig gemacht hat. [3])

Mit Recht hat daher das Ober-Tribunal in dem Präjudiz 2634 vom 4. Juli 1855 [4]) den Grundsatz angenommen:

Der § 611 d. T. findet auch auf die in den §§ 605—607 erwähnten Fälle Anwendung, in denen nicht die Gültigkeit einer Verordnung

---

[1]) In Ansehung des röm. Rechts kommen hier folgende Stellen in Betracht:

Ulp. l. 29 § 2 D. de inoff. test. (5, 2): Quamvis instituta inofficiosi testamenti accusatione res transactione decisa est, tamen testamentum in suo jure manet; et ideo datae in eo libertates atque legata, usque quo Falcidia permittit, suam habent potestatem.

Scaevola l. 3 pr. D. de transact. (2, 15): Imperatores Antoninus et Verus ita rescripserunt: Privatis pactionibus non dubium est non laedi jus ceterorum. Quare transactione, quae inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum rescissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones suae ademtae. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent, qui in transactione hereditatis aut cavit sibi pro oneribus hereditatis, aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.

Id. l. 14 eod.: Controversia inter legitimum et scriptum heredem orta est, eaque transactione facta certa lege finita est; quaero, creditores quem convenire possunt? Respondit: si iidem creditores essent, qui transactionem fecissent, id observandum esse de aere alieno, quod inter eos convenisset; si alii creditores essent, propter incertum successionis pro parte hereditatis, quam uterque in transactione expresserit, utilibus conveniendus est.

In Betreff der Erklärung dieser Stellen ist zu verweisen auf Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 35 S. 379, 380, B. 38 S. 151—168, Heimbach sen. in Weiske's Rechtslexicon X S. 930—932. v. Vangerow, Pandekt. II § 457. Sintenis, prakt. gem. Civilr. III § 180. Risch, die Lehre vom Vergleich S. 199 Note 39. Bering, Röm. Erbr. S. 455 f.

[2]) nämlich auf das gesetzliche Erbrecht, beziehungsweise das Anwachsungsrecht.

[3]) Handelt es sich nur um eine Vermächtnißanordnung, dann erscheint das Anerkenntniß, wie in den Fällen zu a als Verpflichtungsgrund.

[4]) Entscheid. B. 31 S. 18 f.

überhaupt angefochten, sondern nur die Unwürdigkeit desjenigen, der die Errichtung eines Testaments oder dessen Widerruf verhindert hat, geltend gemacht wird.

Der § 611 erscheint vermöge seiner ganz allgemeinen Fassung in allen Fällen anwendbar, in denen der Rechtsbestand einer letztwilligen Verordnung einer Anfechtung (im weiteren Sinne) unterliegt. Auf den Grund dieses Anfechtungsrechts, welches durch das Anerkenntniß des Erben beseitigt werden kann, kommt überall nichts an. Es ist daher gleichgültig, ob derselbe in einem äußeren oder inneren Mangel der letztwilligen Verordnung selbst, oder in einem Mangel der Testirfähigkeit des Erblassers oder der Erwerbfähigkeit des Bedachten liegt. Der in den §§ 599, 605—607 dem Unwürdigen angedrohte Verlust stellt sich nicht als eine öffentliche von Amtswegen zu verhängende Strafe dar.[1]) Er begründet nur einen Privatrechtsanspruch der durch den Unwürdigen ganz oder theilweise von der Erbschaft Ausgeschlossenen. Machen die Letzteren von diesem Rechte keinen Gebrauch, so tritt die betreffende letztwillige Verfügung in Kraft und zwar nur vermöge des Anerkenntnisses Derer, die sie als ungültig anzufechten berechtigt waren.

e. Die §§ 611—613 gedenken ausdrücklich neben dem Erben auch des Legatars. In welchem Sinne dies gemeint ist, läßt sich freilich nicht ersehen. Ist unter dem „Legatar" nicht ein mit einem Vermächtnisse bedachter Intestaterbberechtigter zu verstehen, so kann man jener Erwähnung nur dann eine Bedeutung beilegen, wenn man an einen mit einem weiteren Vermächtnisse belasteten Legatar denkt, welcher nach § 293 zu dem Unterlegatar im Verhältnisse eines Erben steht.[2])

---

[1]) Das Sächs. bürg. G.-B. § 2280 bestimmt dies ausdrücklich: „Die Unwürdigkeit des Erben ist nicht amtshalber zu berücksichtigen."

So wird auch in den Motiven des Großh. Hessischen Entw. S. 202 gesagt: Der Ausschluß des Erbunwürdigen soll, wie bisher, nur auf Antrag der Betheiligten erfolgen. Der Staat verhängt seine Strafen, ohne einen Antrag der verletzten Person abzuwarten, die civilrechtlichen Folgen eines Verbrechens läßt er aber nur eintreten auf Verlangen der Interessenten. Die Erbschaft gebührt demjenigen, welcher Erbe oder Alleinerbe geworden wäre, wenn der Unwürdige bei dem Tode des Erblassers nicht mehr gelebt hätte; der Ausschluß kann also nur von jenem beantragt werden.

[2]) Vergl. Consil. Tubing. Vol. II cons. 19. An legatarius, vicissim alteri praestando legato a defuncto oneratus, ad agnoscendam defuncti voluntatem invitus compelli queat?

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 19. Januar 1853: Durch die ohne Vorbehalt geschehene Annahme eines Vermächtnisses erlangen die von

393. Die Vorschrift des § 613 entspricht dem gemeinen Recht.[1]) Hiermit hängt auch der Grundsatz zusammen, daß der § 611 ein bereits publicirtes Testament voraussetzt.[2])

Von wechselseitigen Testamenten.

§§ 614—616.

Diese Vorschriften über die nur unter Eheleuten zuläßigen wechselseitigen Testamente können erst in der Lehre von dem testamentarischen Erbrechte der Eheleute (§§ 481 ff. Tit. 1 Th. II A. L. R.) ihre Erörterung finden.

---

dem Erblasser über das Eigenthum des Legats getroffenen Verfügungen Gültigkeit. (Striethorst, Archiv B. 8 S. 221 f.)

[1]) Ulp. l. 3 D. de leg. Corn. de fals. (48, 10): Qui ignorans falsum esse testamentum, vel hereditatem adiit, vel legatum accepit, vel quoquo modo agnovit, falsum testamentum dicere non prohibetur.

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 7 nr. 59, 60. Adprobatio testamenti, quae effectu gaudere debet, supponit, adprobantem vitia testamenti scivisse. Engau, Dec. P. I nr. 2, 4: Testamentum, de cujns invaliditate certioratus fuisti, et qnod tamen diversis temporibus iterata vice agnovisti, sub praetextu copiae testamenti, tnm temporis deficientis et juris ignorantiae impugnare non potes.

Bescheid des O.-A.-G. zu Rostock vom 14. Febr. 1848: Aus der Anerkennung des Testaments von Seiten der Vormundschaft der Intestaterben des Testirers kann für den Rechtsbestand desselben nichts abgeleitet werden, weil die irrthümliche Anerkennung eines, an sich ungültigen letzten Willens dessen Gültigkeit nicht zu begründen vermag, daher die spätere Anfechtung desselben nicht ausschließt. (Seuffert, Archiv XVII Nr. 151.)

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 22. April 1864 (Striethorst, Archiv B. 54 S. 111 f.).

Fünfter Abschnitt.

Von Erbverträgen.[1]

Allgemeines Landrecht Th. I. Tit. 12.

§ 617. «Auch durch Erbverträge kann ein Contrahent dem anderen, oder beide einander wechselseitig, Rechte auf ihren künftigen Nachlaß einräumen.»

1. Der Erbvertrag ist ein rein deutsches Institut, das seine Entstehung einem, im Gegensatz zum römischen Recht,[2]) unter dem

---

[1]) Hasse, Ueber Erbvertrag, Vertrag über eine fremde Erbschaft, Schenkung todeshalber und wechselseitiges Testament (im Rheinischen Museum Jahrg. II (1828) S. 149 ff.). Beseler, die Lehre von den Erbverträgen. Erster Theil (Göttingen, 1835): die Vergabungen von Todeswegen nach dem älteren deutschen Rechte. Zweiter Theil. 1. Band (1837): allgemeiner Theil; der Erbeinsetzungsvertrag im Allgemeinen. 2. Band (1840): besondere Arten des Erbeinsetzungsvertrags; der Erbverzicht; Anhang: von dem Vertrage über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten (dazu die Rezens. Albrecht's in Schneider's Krit. Jahrb. für Deutsche Rechtsw. Jahrg. VI 1842 S. 321 ff.). Buddeus in Weiske's Rechtslexicon IV (1843) S. 27—48. Dieck in der allg. Encyclopädie von Ersch und Gruber (Leipz. 1844). Gustav Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten. Braunschweig, 1860. (Dazu die Rezensionen in Zarncke's Liter. Centralblatt für Deutschl. 1861 Sp. 307 f., in der Deutsch. Ger.-Ztg. 1863 S. 106 f., 111 f. und in Schletter's Jahrbüchern für Deutsche Rechtsw. VII S. 27 f.) Scharnweber, Der letzte Wille und der Erbvertrag (Potsdam, 1861). Brinz, Lehrb. der Pandekten § 189. Gerber, System des deutschen Privatr. § 256. Walter, System §§ 427—429. Köppen, Syst. des heut. röm. Erbrechts (Jena, 1864) S. 285 f.

[2]) Dem röm. Recht war eine vertragsmäßige Erbeinsetzung fremd. Ein solcher Vertrag entbehrte aller Wirksamkeit. l. 5 C. de pact. conv. (5, 14): Hereditas extraneis testamento datur. Quum igitur affirmes, dotali instrumento pactum interpositum esse vice testamenti, ut post mortem mulieris bona ejus ad te pertinerent, quae dotis titulo tibi non sunt obligata, intelligis, nulla te actione posse convenire heredes seu successores ejus, ut tibi restituantur, quae nullo modo debentur. l. 15 C. de pact. (2, 3): Pactum, quod dotali instrumento comprehensum est, ut, si pater vita fungeretur, ex aequa portione ea, quae habebat, cum fratre

Einfluß deutscher Sitte sich bildenden und allmählig befestigten Gewohnheitsrechte, seine Fortentwickelung aber der neueren Wissenschaft verdankt.[1])

---

heres patri suo esset, neque ullam obligationem contrahere, neque libertatem testamenti faciendi mulieris patri potuit auferre. (Vergl. l. 4 C. de inut. stip. 8, 38, l. 61 D. de V. O. 45, 1). Hofacker, Princ. jur. civ. § 1398: Jure quidem Romano delatio hereditatis publicae legis potestatem, testamentis tantum et legum publicarum sanctionibus inhaerentem, exegit; quod propterea necessarium erat, quod lege tantum, vel modo adquirendi legibus comprobato, neutiquam vero pactis dominia adquirerentur; ex quo autem ultro colligitur, nulla sane conventione hereditatem alicui deferri potuisse, atque adeo pacta successoria adquisitiva systemati juris Romani adversa potius fuisse. Hasse a. a. O. S. 154—165. Beseler II. 1. S. 102—117. Hartmann S. 13—18.

Ueber die Gründe der Ungültigkeit der pacta successoria nach röm. Recht (man spricht hier meist von einem Verbote) wird unter den Rechtslehrern, namentlich den ältern, viel gestritten. Vergl. Schilter, Exercit. ad P. VIII §§ 36 sqq. Gründler, Polemik III § 657 und die daselbst angeführten Schriftsteller. Hasse S. 156 f. Beseler S. 113 f. Buddeus S. 34 f. Walter § 425. „Die schlechteste Erklärung — sagt Hasse S. 158 — welche aber lange Zeit herrschend gewesen ist, ist die, daß die Giftmischer und Meuchelmörder, die zur Zeit des Sittenverderbnisses in Rom so häufig geworden, dies Recht hervorgebracht haben, und daß also die Unsittlichkeit eines Erbvertrages schon an sich angenommen wurde, weil man eine solche Absicht präsumirte." Er weist mit schlagenden Gründen nach: „ein solcher Erklärungsgrund ist wie eine taube Nuß, er ist kein Grund, er sieht nur so aus." Aber auch die allgemeine Bemerkung, mit der man sich heutzutage zu begnügen pflegt (so auch Beseler S. 114 f.), daß der Erbvertrag nach röm. Anschauungsweise zwar nicht durchaus moralisch verwerflich, aber doch contra bonos mores sei, ist nicht haltbar, wie Hartmann S. 13 f. gezeigt hat. „Für den Verzicht auf die testamenti factio — so bemerkt Letzterer — hat es von vornherein keinen Rechtssatz gegeben; man hat ihn stets völlig außerhalb des Rechtsgebietes liegen lassen. Weshalb dies nun geschehen, scheint eine durchaus müßige Frage. Das Bedürfniß des Lebens verlangte es eben nicht, daß eine willkürliche directe Selbstbeschränkung der persönlichen Handlungsfähigkeit rechtlich gestattet werde." Der neueste Schriftsteller, Köppen a. a. O. S. 59 sagt hierüber: „Das röm. Recht gewährt dem Testator ursprünglich eine völlig unbeschränkte Testirfreiheit, und als sich diese nicht mehr aufrecht erhalten läßt, bewahrt es ihm wenigstens bis zu seinem letzten Lebensmoment das Recht, überhaupt zu testiren und ein errichtetes Testament wieder aufzuheben, durch die mit allen Verträgen verbundene Nichtigkeit, welche eine Entziehung oder Verkümmerung jenes Rechtes bezwecken: da solche Verträge den Testator hindern würden, selbst die sittlich berechtigtsten Gesinnungsveränderungen zur Geltung zu bringen, so sind sie unsittliche Geschäfte, die keine Wirksamkeit haben dürfen."

[1]) Französische Rechtsgelehrte (Merlin, Repert. v. Institution contract. p. 249)

Die Ansicht Beselers über die Entstehung der Erbverträge geht im Wesentlichen dahin[1]):

Das ältere deutsche Recht, und zwar während des ganzen Mittelalters bis zur Reception des fremden Rechts, habe (abgesehen von den Erbverzichten) keine wahre Erbverträge gekannt, d. h. Verträge, durch welche Jemanden ein Erbrecht gegeben wird. Seine Vergabungen von Todes wegen seyen Geschäfte gewesen, durch welche sofort ein dingliches Recht auf den Bedachten überging mit Hinausschiebung des Besitzes und Genusses bis zum Tode des Gebers. Die Erbverträge seyen vielmehr erst ein Erzeugniß der Doctrin seit dem 16. Jahrhundert. Diese habe den Gang genommen, daß sie — an die schon ältere Lehre der Glossatoren und ihrer Nachfolger sich anschließend — zunächst den Erbvertrag in einzelnen besondern Anwendungen, namentlich in Ehestiftungen, in der Erbverbrüderung, in der Einkindschaft statuirte, sodann zur Anerkennung des Erbvertrages überhaupt sich erhob. So wenig diese Doctrin die Erbverträge bereits in der Praxis, „in einem entschiedenen gemeinen Rechts- und Gerichtsgebrauch" vorgefunden habe (II. 201.) — etwa mit Ausnahme des Erbvertrages unter Eheleuten, der sich vielleicht, ohne directe Hülfe der gelehrten Juristen, zufolge eines im Leben gefühlten Bedürfnisses zur Ehestiftung gesellt habe (II. 195.) —, eben so wenig seyen auch nach jener Doctrin die Erbverträge, abgesehen von jenen einzelnen besondern Gattungen derselben, jemals in einem irgend bedeutenden Grade wirklich angewandt worden (II. 200.); vielmehr habe sich das Leben selbst, nach Untergang jener alten deutschen Geschäfte, im Allgemeinen den einseitigen letztwilligen Verfügungen zugewendet, die auch schon viel früher, als man gewöhnlich annahm, neben den alten Vergabungen von Todes wegen im deutschen Rechte eine Stelle erhalten hätten (I. § 14.). Die Frage nach dem Rechtsgrund der Erbverträge, als gemeinrechtlichen Instituts, wird daher auch für die Gegenwart dahin beantwortet, daß er sich, abgesehen von einzelnen Arten, nur auf die gemeine Meinung der Juristen stütze (II. 203); die Existenz des s. g. Partikularerbvertrages aber wird im Allgemeinen gänzlich geläugnet, mit Ausnahme derjenigen, die dem Gesetz, so weit dieses ausnahmsweise ein Erbrecht an einzelnen Sachen statuire, nachahmen, und derjenigen, die einem Universalerbvertrage in der Art, wie Legate einem Testament, beigefügt werden (II. 22., 213 u. folg. III. 109. u. folg.). —

---

haben gesagt, der Erbvertrag ist une ouvrage de notre jurisprudence. Hasse (S. 166) entgegnet darauf: „Das können wir auch sagen, und von einer Seite angesehen noch mit mehrerem Recht als sie, ohne daß wir eben Ursache haben, darauf stolz zu sein ..."

[1]) Das Folgende ist der gedrängten Darstellung Albrecht's in seiner angeführten Rezension entnommen.

Mit vollem Recht tritt Albrecht dieser Ansicht zunächst mit dem Bedenken entgegen:

> Was man auch über die, neuerdings wieder mit großem Nachdruck vertheidigte, Ansicht von der Bedeutung der communis doctorum opinio, als einer eigentlichen Rechtsquelle, denken mag, jedenfalls wird man ihr doch nur die Macht zuschreiben können, ein bestehendes Institut im Einzelnen zu gestalten, zu modificiren, nicht aber das positive Recht mit ganz neuen Instituten zu bereichern und, wenn man auch das behaupten wollte, dürfte doch jedenfalls ein, durch die Doctrin geschaffenes Institut nur dann auf Geltung Anspruch machen können, wenn es dem praktischen Bedürfniß wahrhaft entspräche. Gerade diese Eigenschaft aber spricht der Verfasser dem Erbvertrag im Allgemeinen entschieden ab, er erscheine nicht blos neben den einseitigen letztwilligen Verfügungen überflüssig, sondern lege auch den Erblassern einen, ihren natürlichen Wünschen und Absichten ganz unangemessenen, Zwang an (II. 198).[1])

Derselbe führt demnächst weiter aus:

> Kann das Fundament, auf welches Beseler die gemeinrechtliche Gültigkeit der Erbverträge stützt, nicht für haltbar angesehen werden und wird sich auch eben so wenig ein erst der neuern Zeit angehöriges gemeines Gewohnheitsrecht dafür darthun lassen, so gewinnt die Frage, ob sie nicht schon aus dem ältern deutschen Rechte herstammen, eine um so größere Wichtigkeit, da es sich dabey nicht blos um ihr Alter, sondern um ihre Existenz im heutigen gemeinen Rechte handelt. Die Ansicht, welche Ref. darüber bereits früher (Gewere § 20) aufgestellt hat und die er im Wesentlichen auch noch jetzt festhalten möchte, geht dahin, daß das deutsche Recht bis etwa ins 14. Jahrh. wahre Erbverträge allerdings nicht gekannt, seit der Zeit aber sich denselben zugewandt habe. Das Erste hat durch die Ausführung des Verfs. eine neue Stütze erhalten und in Betreff der fahrenden Habe wird es nunmehr wohl keinem Zweifel unterliegen, daß das älteste Recht für Vergabungen derselben keinen andern Weg zuließ, als die Uebergabe beym Leben des Gebers. In Betreff der Immobilien entstehen Zweifel daraus, daß das Geschäft, mittelst dessen sie nach dem ältesten Recht Jemanden auf den Todesfall zugewandt wurden, eine täuschende Aehnlichkeit mit dem Erbvertrag hat, indem nicht blos der Geber bis zu seinem Tode im Besitz blieb, sondern auch die Stellung des Bedachten in Beziehung auf Veräußerungen und gegen die Gläubiger des Gebers dem An-

---

[1]) So sagt auch Hartmann S. 19: Diese Ansicht von der Eigenschaft der bloßen communis doctorum opinio als einer wahren Rechtsquelle ist schwer zu vereinigen mit dem objectiven Charakter des Rechts. Auch der subjective Wille des Volkes selbst, der Inhalt seines Rechtsbewußtseins ist nicht schon ohne Weiteres Recht; er muß vielmehr zugleich in's Leben übergeführt sein, sich durch die Uebung äußerlich verkörpert haben.

schein nach keine andere war, als die des gesetzlichen Erben. Und in der That stößt man bey dem Versuch, die Stellung beyder als materiell verschieden darzustellen, auf mancherley Schwierigkeiten. Allein jedenfalls liegt die wesentliche Differenz darin, daß der vertragsmäßig Bedachte sofort, beym Leben des Gebers, ein dingliches Recht (eine Gewere) an der Sache erhält . . .

Albrecht geht nun (S. 327 f.) auf einen ausführlichen Beweis des zweiten Theiles seiner Ansicht über, daß das deutsche Recht im späteren Mittelalter wahre Erbverträge in sich aufgenommen habe.

Die Annahme eines wahren Gewohnheitsrechts als der Quelle des Erbvertrages erhält auch durch die Zeugnisse der bewährtesten Rechtslehrer älterer und neuerer Zeit ihre volle Bestätigung.

Groenewegen, de leg. abrog. et inusit. ad l. 15 C. 2, 3: — Majores autem nostri nihil prius nihil antiquius existimaverunt, quam fidem datam servare; ideoque explosa Romani juris scrupulosa subtilitate, moribus nostris hujusmodi pacta obligationem contrahunt et poenitentia revocari non possunt per Nov. Leon. 19 quae multarum aliarum gentium moribus quoque approbata est.[1])

D. Mevii decis. P. III dec. 270: — Sic in Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius juris civilis veteris constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur.[2])

Schilter, Exercit. ad P. VIII § 40: Ex his jam satis, arbitror, intelligitur, quam remotae sint rationes juris Quiritum a principiis juris Germanici et moribus nostris: neque temere igitur pacta successoria etiam privatorum, licet nec jurata, ex peregrinis principiis esse a jurisconsultis genninis irritanda, aut pro invalidis declaranda, multo minus autem conscientiis laqueos injiciendos, et pacta haec jurejurando confirmata invalida pronuncianda: quasi revera juri naturali essent contraria, quod H. Pistoris, sui immemor, admittit, frustra ipsum admonente Seraphino. Et qua ratione inter personas illustres hujusmodi pacta pro validis haberi possent, si juri naturae essent contraria? Jus porro civile etiam in summo principum ac statuum foro Spirensi et Viennensi esse receptum constat: quid ni ergo et hac in parte obligaret personas illustres, nisi hactenus nunquam esset receptum . . . Quod adeo verum esse vide-

---

[1]) Dabei ist auf eine große Zahl älterer Rechtslehrer als Belag hingewiesen.

[2]) Allerdings bemerkt Hartmann (S. 26) in Bezug auf diesen Ausspruch, daß derselbe von Mevius schwerlich anders gemeint sei, als seine frühere ausführliche Erörterung zum Lübischen Recht, wonach er es als etwas durch notissima Germaniae consuetudo gegenüber dem jus civile Festgestelltes betrachtet, daß die pacta dotalia de successione rechtsbeständig sein sollen, d. h. in vim ultimae voluntatis und unter Voraussetzung solenner Errichtung.

tur, ut licet peculiaris consuetudo loci non appareat, non tamen secundum jus Romanum judicandnm, sed potius juxta mores generales Germanorum, et horum rationem summam jurique naturae proximiorem, fidem esse servandam. Egregie itaque jurisconsulti Jenenses in responso de a. 1636 (apud Richter d. decis. XXVI, 33) removent a jure civili universalem consuetudinem Germaniae, eaque pactis dotalibus hereditate deferri. Jbi: So mag doch dergleichen Ehepackt, vermöge allgemeiner in Deutschland hergebrachter und üblicher Gewohnheit nicht umgestoßen werden . . .

Berger, oec. jur. Lib. II tit. 4 th. 48 nota 1: Cetera pacta successoria, affirmativa, jure civili improbari, sed universali Germaniae consuetudine sustineri, ad effectum, non modo successionis, sed et impediendi facultatem testandi. Quamobrem pactum inter aviam et nepotes, ne ea bona sua ullo modo in praejudicium nepotum alienet, initum subsistit.

Wernher, sel. obs. T. II P. VII obs. 145: Pacta successoria moribus hodiernis indistincte valent, etsi facultatem testandi auferant. Jure Romano hujusmodi pacta invalida haberi constat; secundum quod non nisi per testamentum, vel legem, hereditas defertur. Quam juris civilis dispositionem a Germanis receptum haud esse, ostendunt pacta conjugum, confraternitatis, atque similia. Imo generatim dicendum est, pacta hereditatis acquisitiva inter Germanos subsistere, cujuscunque conditionis sint, qui illa ineunt, et in cujusque arbitrio est, an et quousque se testandi facultate pacto abdicare velit.

J. H. Boehmer, Exercit. ad P. tom. IV. exerc. 71 (De successione hereditaria conjugum ex pactis dotalibus) cap. 1 § 14, woselbst über die Gültigkeit der Erbverträge als Grundsätze aufgestellt und näher ausgeführt werden: 1. Jure Romano pacta successoria regulariter fuisse prohibita, et si valuerunt, per modum exceptionis valuisse et assumpta fuisse. 2. Ast jure germanico, quo hodie adhuc utimur, haec stet sententia: jure patrio semper et ubique pacta successoria vim suam habuerunt, et ad regulam et ad jus commune referenda sunt.[1])

Leyser, Medit. ad P. spec. 43 m. 5: — Verum hodie omnia pacta successoria, quae modo ex alia ratione cum legibus non pugnant, valent. Neque opus est, ut cum DD. inter pacta successoria affirmativa et negativa, item conservativa, adquisitiva, dispositiva et renunciativa distinguamus, cum, quemadmodum diximus, jure Germanico omnia pacta successoria in genere valeant . . . Praecipuum argumentum est defectus rationis, quae Romanos, ut pacta successoria interdicerent, impulit.[2]) Alterum constans Germanorum et

[1]) Vergl. auch die Abhandl. desselben Schriftstellers: De fundamento pactorum familiae ad fideicommissa inclinantium. (l. c. tom. II exerc. 31.)

[2]) Mit diesem (vermeintlichen) Grunde beschäftigen sich die med. 1 u. 2. Causa quae Romanos ad prohibitionem pactorum successoriorum permovit, est

ante et post receptionem juris Romani consuetudo de hereditatibus paciscendi . . . Recentiorem vero consuetudinem nemo in dubium vocare potest, qui modo parum in foris Germaniae versatus est. Quis enim ignorat, unionem prolium tale pactum esse, quo parentes sibi testandi facultatem adimunt? Pacta etiam dotalia quotidie inter conjuges de successione in omnia bona ineuntur, quorum revocatio tamen non permittitur . . . Eadem, quae in unione prolium et pactis dotalibus versatur, ratio alibi quoque valet, quod videlicet aequum sit, promissum et fidem datam, si cum bonis moribus non pugnet, servare. Nec deest nobis consensus summorum JCtorum, qui pacta successoria universali Germaniae consuetudine sustineri asserunt, assertumque suum rerum judicatarum auctoritate confirmant . . .[1])

Koch, successio ab intest. civilis § 7: — Germani successionem pactitiam nunquam improbarunt, potius ea contra irruens jus Romanum servata et in viridi apud nos est observantia: nisi alicubi legibus provincialibus valor pactorum successoriorum restrictus sit.

Hofacker, Princ. jur. civ. § 1401. Quae Romanos a pactis successoriis arcebant rationes, gentem Germanam non poterant movere; sed nullo non tempore apud hanc frequentia erant pacta successoria. Ingruente quidem iure Romano controversiam eis moverunt ICti romanarum rerum cupidi: Sed tam altas radices mos patrius egerat, ut evertere eum incassum tentarent. Quare, ut dudum agnitam pactorum horum validitatem strenue defenderent, mirabili sane ingenii acumine in id innitebantur, ut ex iure Romano et Canonico, neglectis patrii iuris fontibus, undequaque argumenta congererent, quibus vim atque efficaciam illorum probarent . . . Sed ineptiis his sensim sensimque explosis, pacta quoque successoria, exculto melius iure domestico, postliminii iure sunt restituta. Quae quidem veritates, hodie in universum fere agnitae, in communem Germaniae Praxin transierunt, atque adeo effecerunt, ut, adversus placita antiquiorum

---

metus insidiarum. — Incredibilis Romanorum improbitas, quae vitae eorum, quorum hereditatem sperabant, insidiabantur et varia contra illam remedia excogitata recensentur.

[1]) Hierbei ist ein Responsum der Wittenberg'schen Jur. Fac. von 1710 mitgetheilt, welches ausspricht: „daß nach denen heutigen, durch gantz Teutschland eingeführten Rechten die successiones universales nicht allein durch Testamente, Codicille und Schenkungen auf den Todesfall, sondern auch per contractus und pacta inter vivos hinterlassen werden können," desgl. ein Responsum der Helmstädtschen Jur. Fac. von 1716, worin in Bezug auf eine vorgelegte Urkunde gesagt ist: „— Alldieweil aber in vielberührtem Instrumento eigentlich ein pactum successorium enthalten ist . . . dergleichen pacta successoria denn in gantz Teutschland gültig seynd, und denenjenigen, so sich darinnen gründen, eben das Recht, welches ein eingesetzter Erbe aus dem Testamente hat, geben; So mag die Beylage zwar nicht als ein vollkommenes Testament, jedoch als ein pactum successorium bestehen —."

ICtorum, nunc quis ad non condendum testamentum, vel conditum non revocandum, efficaciter se obligare valeat.[1])

[1]) v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 1 § 11 Nr. 3 sagt: „Ob es wohl unter uns Teutschen an schlimmen Leuten, sowenig als bei den Römern manglet, so seynd doch die exempla, da man der Erbschaft halber jemand nach dem Leben strebt, zu aller Zeit sehr rar bey uns gewesen. Dahero man auch Pacta successoria in Teutschland sowohl vor, als nach Einführung des Röm. Rechts jederzeit für unbedenklich gehalten, und sich um so weniger hieraus gemacht hat, als ratio legis, warum solche den Römern verbothen waren, bey uns nicht einschlagt. Ob nun dieser alte Gebrauch in Errichtung der Erbverträgen so allgemein seye, daß man das Röm. Recht in diesem Stück pro plane abrogato aut nunquam recepto zu achten habe, wird zwar dato noch von vielen in Zweifl gezohen, communior opinio aber gehet sowohl quoad Pacta dispositiva, als acquisitiva, conservativa et renunciativa in affirmativam ... wobey es auch unser Codex um somehr bewenden laßt, als diese teutsche Gewohnheit nicht nur obverstandenen Genie unserer Nation mehr gemäß, sondern auch das geringste nicht daran zu finden ist, was gegen die Moralität, sohin auch contra jus naturale vel divinum anstößig seyn soll, indeme das votum captandae mortis, welches den Röm. Legislatoribus so bedenklich zu seyn geschienen hat, von einem ehrlichen Mann in Pacto successorio sowenig als bey der Succession ex Testamento vel ab Intestato praesumirt wird, einfolglich eins so wenig als das andere deswegen verworfen werden kann."

So lehren auch Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. § 341: Eine richtigere Einsicht in die Bedeutung deutscher Gewohnheiten hat es seitdem (seit dem Ende des 17. Jahrhunderts) zur entschiedenen Praxis gemacht, daß alle Arten von Erbverträgen die Vermuthung der Gültigkeit für sich haben. Mittermaier, Grundſ. des gem. deutsch. Privatr. § 401: Das Verbot des röm. Rechts wegen der Erbverträge konnte, da der Gebrauch der Erbverträge, vorzüglich einzelner Arten desselben, allgemein eingewurzelt war, nicht durchdringen. Walter, Syst. des gem. deutsch. Privatr. § 429: Nach der Aufnahme des röm. R. standen die germanischen Geschäftsformen und die röm. Testamente im praktischen Rechte neben einander. Die Lehrer, welche dem deutschen Rechte folgten, suchten zwar die Testamente abzuwehren und nur unwiderrufliche Verfügungen gelten zu lassen; allein dieses gelang nicht. Umgekehrt wurde von den gelehrten Juristen die Gültigkeit der Erbverträge mit Berufung auf das röm. R. eifrig bekämpft; aber auch dies war ohne bleibenden Erfolg. Die eine Form mit Auflassung kam zwar ihrer Unbequemlichkeit wegen außer Gebrauch. Die andere, die reine vertragsmäßige Erbeinsetzung, blieb aber ununterbrochen in Uebung. Dadurch und durch die häufige Anwendung des Erbvertrages in Ehestiftungen kam die Jurisprudenz seit dem 17. Jahrh. dazu, sich von den Fesseln des röm. R. freizumachen und die Gültigkeit der Erbverträge zu vertheidigen. Endlich wurde dieselbe im graden Gegensatze des Früheren als gemeinrechtlicher Grundsatz anerkannt. — Außerdem ist hinzuweisen auf die ausführlichen Erörterungen Hasse's a. a. O. S. 165—196, welcher zu dem Ergebnisse gelangt: „Die Gültigkeit der Erbverträge beruht nicht auf jenen Irrthümern,

Diesem so vielfach bezeugten Gewohnheitsrechte hat auch die Bestätigung der Gesetzgebung nicht gefehlt.

Schon der Sachsenspiegel Buch II Art. 30 enthält eine hierauf bezügliche Bestimmung:

> Sve so ime erve to seget nicht von sibbe halven, denne von gelovedes halven, dat hebbe man vor unrecht; man ne moge getügen, dat dat gelovede vor gerichte gestedeget si.[1])

wozu die Glosse bemerkt:

> Disser beworinheit *(des römischen Rechts)* hebben die sassen al af geleit, unde holden't envaldichliken, dat ir erve neman van core eder van gelovede ne neme, mer na sibbe tal.[2])

(die bei dieser Lehre in der Theorie Eingang gefunden haben), sondern auf einem entschiedenen gemeinen Rechts- und Gerichtsgebrauch, den jene Irrthümer nur mitsammt andern Veranlassungen und zum Theil wahrem Bedürfniß haben erzeugen helfen, und der in manchen Theilen Teutschlands schon durch Gesetze anerkannt, in wenigen nur dadurch besonders niedergeschlagen oder sehr eingeschränkt worden ist." — G. Hartmann a. a. O. (S. 18 f.) sieht es zwar als gewiß an, daß der Eintritt des s. g. Erbeinsetzungsvertrags in das System des gemeinen Rechts jedenfalls erst in einer Zeit lange nach der Reception des röm. R. gesucht werden kann, und hält es sogar für möglich, daß noch zu der Zeit, wo Beseler sein Buch schrieb, für diesen Vertrag ein Gewohnheitsrecht nicht existirte, nimmt aber jedenfalls an, daß heut zu Tage der Erbvertrag sich zu einem Rechtsinstitute entwickelt hat.

[1]) Nach der lateinischen Uebersetzung von Ludovici: Hereditatem seu successionem, qui sibi non jure cognationis, sed promissionis seu donationis, deberi dicit, hoc pro irregulari habeatur, nisi promissio hujusmodi coram judicio sit confirmata.

v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grunds. des Sachsensp. S. 306 f. bemerkt, daß die Bestimmungen des S.sp. über vertragsmäßige Erbfolge sich nur auf zwei Gattungen von Verträgen de deferenda hereditate, nämlich auf acquisitive und renunciative beziehen, und daß weder conservative, für die ja auch beim Nichtgebrauch der Testamente kein Bedürfniß vorhanden war, noch Verträge über den Nachlaß dritter Personen, noch endlich über eine schon deferirte Erbschaft in unserer Quelle einen Platz gefunden haben. Was die acquisitiven Erbverträge betrifft — fährt v. Sydow fort — so berührt der Verf. sie nur im angef. Art. 30, aus dem hervorgeht, daß sie nur nach richterlicher Bestätigung Gültigkeit hatten, oder daß sogar die öffentliche Meinung jede außergerichtliche Abschließung derselben für Unrecht hielt. Aus der allgemeinen Freiheit der Disposition über Fahrniß scheint indeß zu folgen, daß auch die Gültigkeit von Erbverträgen darüber an kein anderes Requisit, als an die Gesundheit des Erblassers geknüpft war, während jederzeit die Verleihung eines Successions-Anspruchs auf unbewegliches Gut des Consenses der Erben bedurfte.

[2]) v. Sydow a. a. O. S. 308 f.: Zu erwähnen ist der Irrthum der Glosse,

Im Schwabenspiegel finden sich Verfügungen über Erbfolge, unter dem Namen Geschäft, aber mehr römisch als letzte Willen, obgleich unter mancherlei Modificationen und Beschränkungen, und ohne ausdrückliche Erforderung römischer Solemnitäten. Ueber Erbverträge wird man hier vergeblich nach Aufschluß suchen. Aber daß das Recht der nächsten Erben hier nicht mehr in dem Grade Hinderniß seyn konnte, läßt sich wohl erkennen, denn es ist überhaupt hier schon sehr gemildert und geschwächt.

Für beide Landrechte aber läßt sich einsehen, daß es an Erbverträgen in Heirathscontracten nicht ganz fehlen konnte, denn in beiden kommt bekanntlich eine Leibzucht (Nießbrauch fürs Leben) als Leibgedinge für die Wittwe, im Schwabenspiegel sogar ein vertragsmäßiges Dotalitium, eine teutsche Donatio propter nuptias (Heimsteuer, oder Heimfahrt) vor.[1]

In Folge der Reception des römischen Rechts wurde der Erbeinsetzungsvertrag vom Testamente verdrängt und konnte daher in den unter dem Einflusse des römischen Rechts entstandenen Partikularrechten neben dem Testamente seine Stelle nicht behaupten.

Noch die erneuerte Frankfurter Reformation von 1611 schließt ihn selbst in Ehestiftungen[2]) ausdrücklich aus:

Th. III Tit. 2 § 4. „Dieweil auch die Recht außtrücklich wöllen,

---

welche in diesen Verträgen römische Adoption sieht, was die Folge gehabt hat, daß man später bemüht gewesen ist, die dem Germanischen Rechte ganz fremde Adoption nach Analogie der Erbverträge zu behandeln.

[1]) Hasse a. a. O. S. 189 f.

[2]) Dagegen bestimmte schon die Joachimische Constitution von 1527 (für die Mark Brandenburg) Tit. I § 4: „Was in der Ehstifftung von beyderseits Freundschaft bedingt, verbrieset und beschlossen, das eins dem andern übergibt nach seinem Todt, an Gelt, farender Habe, oder vortheil an den liegenden Gründen, zuvoraus zu haben, sol bey macht (und) krefftig bleiben" — eine Vorschrift, welche Johann Georgs Constitution von 1594 Th. III c. I dahin erläuterte: „Unsere Landes Constitution im Tittell von Erbfellenn in Vers: Was in der Ehestifftunge von beiderseits freundschafft bedinget, vorbriesset, und beschlosseun, das eines dem andern übergiebet, nach seinem Thode an Gelde, fahrende Haab, oder Vorteill an den liegenden Gründen zuvoraus zuhaben, soll bey macht und krefftig bleibenn, Soll nicht allein vom Artickell der Vorausmachung, besondernn sonst ingemeinn verstandenn werdenn auf alle puncte welche in der Ehestifftunge behandelt und beschlossenn wordenn, nemblich daß dieselbenn alle krefftigk und bundigk seinn sollenn, unangesehenn was hiewieder die gemeinen Rechte von denn pactis dotalibus verordnet habenn, Auch wenn schon beyderseits Freunde nicht Bluet-

daß die Erbschafften nicht durch Pacta vnd Eheberedungen vermacht werden sollen: So wöllen Wir, daß hinfüro alle solche Pacta vnd Geding, darinn ein Ehegemahel dem andern, alle, oder einen ansehenlichen benannten Theil seiner Güter (vber die Ehesteuwer vnd Widerlegung) erblich vermachen wolt, sollen vnderlassen: Vnd da sie gleich in die Heurahtsverschreibung gesetzt, doch für vntüchtig vnd krafftloß gehalten werden, Vnd jedem Theil der freye Wille, in seinen Gütern (ausserhalb der Ehesteuwer vnd Widerlegung) seines gefallens zu Testiren, darburch vnbenommen, sondern vorbehalten seyn solle."

§ 5. „Doch, da solchs geschehe, vnd folgends jhre der Ehegemaheln eins sonder Verlassung Ehelicher Leibserben, auch sonder Testament, oder andern rechtmässigen letzten Willen, ohn Widerruffen der Eheberedung, mit Todt abgehen würde: So soll dieselbig alßdann erst (als durch den Todt bestättiget) für kräfftig gehalten werden, in deß verstorbenen Ehegemahels Gütern, vnd dieselbigen, wie in der Eheberedung verordnet, fallen." [1])

Nur das in Ansehung der Brautgabe und Widerlage in Ehestiftungen Festgesetzte gilt (von einer Vermehrung abgesehen) für beide Theile unabänderlich.

§ 6. „Es mögen nachgehender Zeit sie die Eheleut, die Zugifft vnd Widerlegung mehren, (ob sie wöllen) nach jhrem Gefallen: Aber dieselben zu mindern, voriger auffgerichter Eheverschreibung zuwider vnd Abbruch, sollen sie nit macht haben."

§ 7. „Dann was in den Heurathsbrieffen einmahl abgeredt, bewilligt vnd versprochen worden, Dasselbig, (so fer: es sonst den Rechten, der Billichkeit vnd dieser Ordnung gemäß ist) soll von beyden Theilen treuwlich vnd festiglich gehalten vnd vollnzogen werden." [2])

Dagegen verordnet das Hamburger Stadt-Recht von 1603 Th. II Tit. 11

Art. 11. „Wenn Ehezärter zwischen Eheleuten sind aufgerichtet, und von denen, die zur Verpflichtung dazu erfordert, sind vollzogen,

---

freunde, besondern andere darzu gebethene Freunde seyn." Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution (Berlin 1841) S. 260 f. Vergl. auch J. Scheplitz, Consuetud. Elector. et Marchiae Brandenburg. (Lips. 1616) p. 168 sqq.

[1]) Vergl. Bender, Lehrb. des Privatr. der freien Stadt Frankf. § 17 Note 3.

[2]) So bestimmt auch das Dithmarsische Land-Recht von 1567 Art. 34 § 3. „So averst de Mann vor der Fruwen mit Dode affginge, so nimt de Fruwe uht den Güdern eren ingebrachten Brudschatt, und thor Wedderlage noch so veel, als sick de Brudschatt belopt, yt sy denn, dat sünderlyke Beschede und Brefe in der Ehestiffting upgerichtet, de sodahner Jegenvermakinge eene gewisse Mahte geven, darby werd yt billich gelahten."

unterschrieben und versiegelt; so wird auch billig, nach des einen oder andern Absterben, zwischen dem nachgelassenen Ehemanne, oder seiner Wittwe, und den Kindern, die so wol aus der ersten und andern, als dritten Ehe gebohren, die Theilung nach den aufgerichteten Ehezärtern billig gehalten: und sind so wol der eine, als der andere, darnach sich zu richten schuldig, und ist damit der Wittwe die Wahl, zu dem Stadt-Rechte, oder zu dem Ehezarter sich zu ziehen, benommen, sondern muß dieselbe dem Ehezarter folgen."

Art. 12. „Obschon, nach aufgerichtetem und vollzogenem Ehezarter, einer der Eheleute hernacher ein Testament, oder Disposition seines letzten Willens, wie es mit seinen nachgelassenen Gütern zu halten, verfassen lassen würde; so mag doch solch Testament dem vollzogenen Ehezarter in denen Puncten, die demselben wörtlich einverleibet sind, nichts praeiudiciren."[1])

Desgleichen stellt das erneuerte gemeine Land-Recht des Herzogthums Württemberg von 1610 im Theil IV („Von Succession und Vererbung deren, so ohne Testament oder Sondere Gemächt absterben") den Grundsatz an die Spitze (Tit. 1 § 2):

„— Derowegen, da Unsere Underthanen — ihrer Verlassenschaft halben es anderst, dann nach außweisung dieser Unserer Newen ErbOrdnung, auff künftige Fäll gehalten haben wöllen, soll ihnen, und sonsten menniglichen, so seiner Güter und darinn zu disponiren mächtig, hiemit an ihrem freyen Willen nichts benommen, sondern einem jedem freygestellt seyn, seines Vermögens halben, durch auffrichtung rechtmäßiger Pacten und Gemächt, oder Testamenten und letzten Willen, Verordnung zu thun. Welchem alsdann vor allen dingen gelebt und nachgesetzt; Und allererst in denen Fällen, da keine sonderbare Gemächt, oder kein letzter Wille rechtmäßiglich auffgericht, Unser nachfolgendes ErbRecht gehalten werden soll."[2])

nachdem dasselbe bereits im Th. III („Von Testamenten, Letzten Willen, und dergleichen Geschäfften von Todeswegen) in Beziehung auf „Heiraths-Pacten und Abreden" Tit. 8 § 1 verordnet hatte:

„Wann zwey Ehegemächt mit auffgerichten (verbriefften, oder ohn-

[1]) Gries, Comment. zum hamb. Stadtr., herausg. von Westphalen II S. 33 f. hält wegen der Schlußclausel des Statuts, welche auf die gemeinen geschriebenen kaiserlichen Rechte als subsidiäre Rechtsquelle verweist, alle anderen Arten des Erbeinsetzungsvertrages, den Vorschriften des röm. Rechts gemäß, für ungültig. Beseler II. 1 S. 206 widerspricht jedoch dieser Ansicht.

[2]) Schon das Freiburger Stadtrecht von 1520, aus dem mehrfach Bestimmungen in das Württ. L.-R. übergegangen sind, verordnet Fr. III tit. 2. „Wir lassen auch zu dem gemeinen pruch nach, das man erbberedungen von erbfellen wol reden und vorsehung thun mag."

verbriefften, doch beweißlichen) Gedingen, Pactionen und Eheberedungen, in die Ehe zusammen kommen, sollen dieselbige steiff gehalten werden, und kein Ehegemächt für sich selber, zu deß andern Nachtheil, darwider einiges Testament, oder andere Verordnung fürzunemmen Macht haben . . ."

desgleichen im Tit. 9 („Von Einkindschafften") § 13

„Hierauff gebietten und bevehlen Wir, daß die Einkindschaften, so diser Unserer Verordnung nach gebürlich abgehandlet, auffgericht, und bestähtigt, steiff und ohnwiderrüfflich gehalten, und keinem Thail, ohne hochbewegliche Ursachen, gestattet werden soll, dieselb underm schein fürgewandter vernachthailung, zuwiderfechten." [1])

Es bestimmen ferner

das erneuerte Land-Recht Churf. Pfalz bey Rhein von 1610 Th. II Tit. 22 § 1. „Und dieweil sich begibt, daß bei Verordnung und setzung der ehestewer und widerlagen, allerhand pacten und geding, was auf eines oder deß andern ehegemächts absterben, das letztlebend an ermeldtem Heyrathgut, widerlag, oder andern deß verstorbenen zugebrachten, ererbten, und errungenen gütern, gewinnen, eigenthümlich, oder nießlich, innbehalten, oder haben soll, beredt und bewilligt werden: Ordnen und wollen Wir, da dergleichen abredungen von todfällen geschehen, daß alsdann den partheyen oder eheleuten freystehen und unbenommen sein soll, solche eheberedungen, vor ihrem ordentlichen Amptmann und Obrigkeit, beschreiben und versiglen oder sonst durch gewöhnliche instrumenta dotalia . . . bestettigen zu lassen —." [2])

---

[1]) Reyscher, das gemeine und württembergische Privatrecht B. III § 689: Im röm. Recht ward sowohl der Erbverzicht als auch die vertragsmäßige Erbeseinsetzung für unverbindlich gehalten, weil es den guten Sitten entgegen schien, der künftigen Erbordnung, sei es daß diese unmittelbar durch das Gesetz oder mittelst der unantastbaren Testir-Freiheit jedes römischen Bürgers geregelt würde, vorzugreifen. In Deutschland dagegen war man weit eher geneigt, durch eine Abrede, namentlich mit dem Ehegatten oder den Kindern erster Ehe, die künftige Erbfolge zu ordnen, als diese ganz in das einseitige Belieben des Erblassers zu stellen. Die Versuche der Romanisten, die Erbeseinsetzung in Verträgen entweder gar nicht gelten zu lassen, oder doch nur gleich der in Testamenten als widerruflich zu behandeln, waren erfolglos. Auch das Württ. Landrecht, wiewohl es näher nur von den Erbverträgen der Ehegatten und von der Einkindschaft handelt, betrachtet den Vertrag überhaupt als einen gültigen Anfallsgrund.

[2]) Vergl. ebendas. Th. III Tit. 5 pr.: „Eheberedungen, darinn in beysein beyder ehegemächt... ihrer selbst, und deren kinder succession, und verlaßthumbs halben, auf maß, wie im vorgehenden Zweyten Theil Landrechtens bey dem XXII. Titul gesetzt, verordnung beschehen, sollen ... ihre kraft und würkung, als andere testament und letzte willen, haben. Es were dann,

die Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordnung von 1616 Th. IV Cap. 6 § 2. „— Ob wol die Erbschafften, vermöge der gemeinen Keiserlichen Rechten, durch solche pacta nicht können vermacht werden: So setzen, ordnen und wöllen Wir doch, daß, dessen ohnerachtet, dem allgemeinen gebrauch nach, solche Eheberedungen, sofern sie sonsten erbarlich, und mit zuthun und in Gegenwart beyderseits nechstanverwandtersfreund, oder anderer biderleute, deren under Vier oder Fünf nicht sein sollen, weniger nicht dann Testamenta, oder andere letzte Willen, zurecht bündig, krefftig und bestendig, und die darinn verschaffte Güter laut derselben, verfallen seyn sollen." § 3. „Als nun ein Ehegemecht dem andern in solcher Heuratsverschreibung rechtmessiglich uff den todsfall, gegeben und vermacht hette, demselbigen sol steiff und vest gelebt, und keinem theil erlaubt werden, ein solche gedingnus hernacher durch ein Testament, oder in andere wege, ohne sondere erhebliche ursachen — — zu widerruffen —."

die Fürstl. Anhaltische erneuerte Landes-Ordnung von 1666 Tit. 36. „— Obwohl sonst Rechtens, daß Erbschaften durch pacta nicht gegeben werden können, so ist doch durch langen Gebrauch eingeführet, daß die Eheberedungen, da ein Theil dem andern alle seine Güter, oder ein Theil derselben vermachet, künftig gehalten werden, welche Gewohnheit wir hiermit dergestalt bestätigen, daß, wenn auch schon per verba contractus ein Ehegenoß dem andern seine Güter nach seinem Tode eigenthümlich zu haben und zu behalten in der Ehestiftung zugesaget, und nur zwei oder drei Zeugen mit unterschrieben haben, dennoch dieselbe gültig sein solle, und zwar also, daß sie auch per testamentum, ohne des andern Willen, nicht könne geändert werden."

das Revid. Land-Recht des Herzog. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 4 § 1. „— Wann zwey Eheleute mit auffgerichteten verinstrumentirten oder verbriefften, doch beweißlichen Pacten und Gedingen zusammen in die Ehe kommen: Da setzen und wollen Wir, daß dieselbige Geding, Abred und Pactiones steiff zu halten, und hernacher darwieder kein Ehegatt, ohne des andern Wissen und Willen, dem andern zu Nachtheil oder Praejudicio, einige Ordnung oder Testament auffzurichten Macht haben solle . . ."

die Polizeyordnung des Hertzogthums Magdeburg von 1688 Kap. 44 § 34. „— so constituiren Wir hiermit gnädigst und wollen, daß hinführo bey ereignenden Todesfällen der Eheleute, vor allen Dingen die aufgerichteten und zu Rechte beständigen Ehe-

---

daß sie mit beyder eheleut wissen und willen geendert, oder abgethan weren."

Uebereinstimmend damit die Land-Ger.-Ordg. des Stiffts Würtzburg und Hertz. zu Francken von 1618 Th. III Tit. 100 § 1 und 5.

stiftungen . . . eigentlich und genau in Acht genommen werden sollen." [1])

das Chur-Triersche Land-Recht von 1713 Tit. VI § 1. „Weilen zwischen angehenden Ehe-Leuthen gemeiniglich abgeredt und beschlossen, auch darüber Heyraths-Brieff auffgerichtet werden, was der Ueberlebender von deß Abgestorbenen Gut haben solle, als ist bey deren succession zu forderst zu beobachten, ob dergleichen Ehe-Beredung keine vorhanden seye." § 2. „— und seynd selbige Ehe-Pacta, wann sie mit denen in gegenwärtigem Lands-Brauch verordneten Testamentarischen Solennitäten bekräfftiget seynd, gültig und beständig; und kann denselben das Weib, oder auch der Mann ohne deß andern Willen, in Krafft dieser Unser Verordnung in obigen Fällen nichts derogiren —." [2])

Eine allgemeine Bestätigung der Gültigkeit der Erbverträge (nicht bloß in Beziehung auf Ehestiftungen) enthält das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) von 1756 Th. III Kap. 11 § 1 (in sehr doctrinärer Fassung)[3]):

„Vergleich oder Gedinge über einer noch lebenden Person künftige Erb- oder Verlassenschaft werden 1mo affirmative oder negative gemacht. Nachdem man nämlich in Kraft derselben entweder succediren oder nicht succediren soll. Sowohl das eine als andere ist 2do zwar nach Römischen, nicht aber nach Teutschen Rechten und Gewohnheiten verboten. Solchemnach kann 3tio sowohl de conservanda als acquirenda, oder omittenda Haereditate pactirt werden, soweit es nämlich 4to nur um die Erbschaft oder das Vermögen eines von den Paciscenten zu thun ist . . . 11mo Kann zur Präjudiz und zum Abbruche des getroffenen Pacti successorii ohne Einstimmung aller Paciscenten einseitiger Weise nichts

---

[1]) Dagegen verordnet § 4. „Wenn zwischen gewissen Personen ein solcher Vertrag aufgerichtet würde, daß auf ein und des andern Todesfall sein ganzes Vermögen auf den Ueberlebenden kommen, und dieser Vergleich, wo nicht als ein Contract gelten, doch die Kraft eines letzten Willens haben solle, der kann, wenn auch gleich diejenigen, so den Vergleich getroffen, vor Gerichte erschienen wären und den Vergleich zu denen Gerichtsacten übergeben hätten, dennoch als ein vor Gericht aufgerichteter letzter Wille nicht bestehen." Vergl. Diez, Archiv Magdeburgscher Rechte I S. 147 f., S. 288 f.

[2]) Uebereinstimmend verordnet das Churf. Maynzsche Land-Recht von 1755 Tit. I § 1. „Alle Ehe-Beredungen, sie mögen etwas von künfftiger Erfolg in sich enthalten oder nicht, sollen in ihrer völligen Würckung bleiben, und ohne beyderseitige Bewilligung nicht aufgehoben, wiederruffen, oder davon abgegangen werden können."

[3]) Die näheren Erläuterungen gibt v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. a. a. O. Nr. 1 ff.

mehr verfügt, vielweniger solches wiederum gänzlich aufgehoben werden . . ." [1])

Von den neueren Gesetzgebungen hat in gleicher Weise, außer unserem Landrecht, nur das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen und das privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich, die Allgemeingültigkeit des Erbvertrages anerkannt. Ersteres bestimmt:

§ 2003. „Den Erben beruft das Gesetz, der letzte Wille des Erblassers oder ein Erbvertrag."

§ 2542. „Wer durch Vertrag einem Anderen ein Erbrecht oder ein Vermächtniß oder eine Anwartschaft zusichert, darf dem Berechtigten das zugesicherte Recht weder durch späteren letzten Willen noch durch späteren Erbvertrag entziehen . . ."

Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch schreibt dagegen vor:

§ 602. „Erbverträge über die ganze Verlassenschaft, oder einen in Beziehung auf das Ganze bestimmten Theil derselben, können nur unter Ehegatten giltig geschlossen werden." [2])

---

[1]) Auf diese allgemeine Vorschrift wird auch in der Lehre von Heirathspacten (Th. I Kap. 6 § 29) verwiesen.

[2]) Unger § 26 Note 6: Im westgalic. Gesetzb. II § 513 f. bestand diese immerhin zu billigende Beschränkung noch nicht. — Wenn andere Personen einen Erbvertrag nicht schließen können, so hat diese Ausschließung den Sinn, daß ihr vertragsmäßiger Verzicht auf den Widerruf wirkungslos ist: die in einem solchen Erbvertrage enthaltene Erbeinsetzung bleibt daher widerruflich und das Geschäft gilt als einfaches zusatzloses Testament.

Jener Beschränkung schließt sich auch der Großh. Hessische Entwurf an. In den Motiven (S. 4 f.) wird hierüber gesagt: Dem Erbvertrage wird nur da rechtliche Wirkung eingeräumt werden, wo er die Regulirung der Erbschaftsverhältnisse unter Ehegatten oder der Ehegatten zu Dritten zum Gegenstande hat. Denn zu einer weitern Ausdehnung der vertragsmäßigen Erbfolge ist kein Bedürfniß vorhanden... Der Erbvertrag kommt gewöhnlich nur in Verbindung mit dem Ehevertrage vor, und die meisten der in den älteren Provinzen des Großherzogthums geltenden Landrechte erkennen seine Gültigkeit nur in dieser Verbindung an. Für das Individuum, welches über seinen Nachlaß disponiren will, genügt vollkommen das Testament. Was sich in dem Vertrage stipuliren läßt, kann in dem letzten Willen durch Bedingungen und Auflagen angeordnet werden. Der letzte hat außerdem den überwiegenden Vorzug, daß er den freien Widerruf lediglich in der Hand des Erblassers läßt und folglich nicht, wie der Vertrag, dem Testator die Möglichkeit entzieht, nach den Umständen, welche die Zukunft mit sich bringt, seinen Willen mit Erfolg zu ändern. Für Ehegatten dagegen tritt oft die Nothwendigkeit ein, auch ihre Erbschaftsverhältnisse auf eine bleibende Weise und so zu ordnen, daß der einseitige Wille keine Aenderung hervorbringen kann. Das allein taugliche Mittel hierzu ist der Vertrag.

§ 1249. „Zwischen Ehegatten kann auch ein Erbvertrag, wodurch der künftige Nachlaß, oder ein Theil desselben versprochen, und das Versprechen angenommen wird, geschlossen werden. Zur Giltigkeit eines solchen Vertrages ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde." [1])

Im Französischen Rechte hat der Erbvertrag nur in sehr beschränkter Weise Aufnahme gefunden.[2])

2. Der Erbeinsetzungsvertrag — die wichtigste Gattung des Erbvertrages — ist seinem Wesen nach eine vertragsweise erklärte und angenommene Erbeinsetzung mit der dem Vertrage eigenen Wirkung der Unwiderruflichkeit. Er ist also in Wahrheit ein Testament, dem durch die Art seiner Fassung ein Vertragselement — die Unwiderruflichkeit — hinzugefügt worden ist.[3])

---

[1]) Nach dem Hofdekret vom 25. Juni 1817 (Nr. 1340 J. G. S.) können Erbverträge auch von Brautpersonen geschlossen werden, sind aber nur dann giltig, wenn die Abschließung der Ehe wirklich erfolgt.

[2]) Code civ. art. 1082, 1093, vergl. art. 791, 893, 1130, 1389. Beseler II. 1. S. 208 Note 2.

[3]) So sagt auch Albrecht a. a. O. S. 333 a. E.: „Das heutige Recht der Universalerbverträge ist im Grunde kein anderes, als das der Testamente, nur mit den Modifikationen, welche die Vertragsnatur derselben mit sich bringt."

Auch Walter, System § 430 weist darauf hin, daß die vertragsmäßige Erbeinsetzung aus zwei Elementen gemischt sei: aus einer Erbeinsetzung und einem Vertrage und folgert daraus: unter dem Gesichtspunkt der Erbeinsetzung sei darauf dasjenige anzuwenden, was von der testamentarischen Erbeinsetzung gilt. Aus dem Gesichtspunkt des Vertrages entspringe, daß der Paciscent unwiderruflich und auf Treu und Glauben gebunden sei, den Andern Erbe seines Vermögens werden zu lassen.

Am schärfsten aber hat Hartmann a. a. O. dieses Prinzip hervorgehoben und durchgeführt. Er bemerkt mit Recht: „Nach uns gibt es gar keine selbständige vertragsmäßige Erbfolge, als dritte Art neben der gesetzlichen und testamentarischen; vielmehr wird hier auf Grund der nämlichen Willenserklärung succedirt, welche im Falle eines Testamentes vorliegt. Ja es ist geradezu der sog. Erbeinsetzungsvertrag seinem Hauptbestandtheile nach nichts Anderes als eben ein Testament. Auch die Quellen verstehen unter „testamentum" ganz allgemein die — gültige cf. l. 2 § 1 D. 29, 3 — Ernennung eines directen Erben. Namentlich gehört zum Begriffe desselben keineswegs die Beobachtung bestimmter feierlicher Formen; die nackte Erklärung des Soldaten an den neben ihm kämpfenden Cameraden: „Ich verspreche Dir hiemit meine Erbschaft" bildete, ganz wie bei uns, schon bei den Römern einen gültigen Delationsgrund..."

Nur ist es nicht zu billigen, wenn Hartmann geradezu den Einsetzungsvertrag in zwei selbständige Geschäfte auflöst: in die Erbeinsetzung und den

Nach dieser allein richtigen Auffassung besteht der Inhalt dieses Vertrages, wie die heutige Theorie es auch allgemein anerkennt, nicht in einer auf Zusicherung eines Erbrechts gerichteten Obligation[1]) — eine Ansicht, von der sich in unserem § 617 noch ein unverkennbarer Anklang findet. Es wird dadurch keine erst in der Zukunft zu erfüllende Verpflichtung, sondern ein in sich fertiger Rechtsact geschaffen, der schon allein, gleich einem bis zum Tode des Erblassers unwiderrufen gebliebenem Testamente, für den einen vertragschließenden Theil, oder für beide ein Erbfolgerecht begründet.[2]) Es bedarf daher zu dieser Wirksamkeit weder einer Thätigkeit noch einer Unterlassung des betreffenden Paciscenten. Er hat die Erbeinsetzung in rechtsbestän-

---

Verzicht auf die Testirfreiheit und aus der Natur dieser beiden Geschäfte die Regeln ableitet, welche auf den Erbeinsetzungsvertrag zur Anwendung zu bringen sind. Köppen a. a. O. S. 287 f. Note 50 bemerkt hierüber: „Seiner Ansicht scheint beizutreten Arndts in der Oesterreichischen Vierteljahrsschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd. 7 S. 269 ff. Gegen dieselbe erklären sich v. Gerber a. a. O. § 257 Note 1 und Ruhwandl in der Zeitschrift des Anwaltsvereins für Bayern Jahrg. 1863 Nr. 8 S. 118 Note 7 und in der Deutschen Gerichtszeitung Jahrg. 1863 Nr. 26 und Nr. 27. Ersterer bezeichnet diese Construction als willkürlich und unhistorisch; mir scheint sie auch unjuristisch zu sein. Wer die vertragsmäßige Erbeinsetzung in die Erbeinsetzung und in den Verzicht auf die Testirfreiheit scheiden zu müssen glaubt, der wird keinen Anstand nehmen dürfen, die testamentarische Erbeinsetzung in eine Erbeinsetzung und in den Vorbehalt der Testirfreiheit zu zerlegen. Wenn in der That aber hier die Fortdauer der Testirfreiheit nur eine nothwendige Folge der Einseitigkeit und Widerruflichkeit des Testaments ist, so kann dort der Untergang der Testirfreiheit auch nur eine nothwendige Folge der Zweiseitigkeit und Unwiderruflichkeit des Vertrages sein; für einen Verzicht, der denselben herbeiführen könnte, ist überhaupt kein Raum mehr. Nicht zwei verschiedene Geschäfte lassen sich demnach hier unterscheiden, sondern nur die zwei Bestandtheile jedes Geschäfts, sein Inhalt und seine Form oder, was dasselbe ist, die Disposition und der Act, durch welchen sie errichtet wird, d. i. beim Erbeinsetzungsvertrag die Erbeinsetzung und der Vertrag.

[1]) Hasse a. a. O. 200 ff. Gerber, System § 257. Beseler II. 1. S. 27 ff. Hartmann S. 2 f.

[2]) Mit Recht sagt Köppen a. a. O. S. 285 f.: Zum Begriffe des Erbeinsetzungsvertrages gehört, daß in dem Vertrage die Erbesernennung selbst, nicht blos das Versprechen derselben enthalten ist. Es muß also der eine Contrahent die heredis institutio des andern definitiv erklärt und dieser die Erklärung acceptirt haben. Der Umstand, daß hier die Erbeinsetzung durch ein zweiseitiges, beim Testament durch ein einseitiges Rechtsgeschäft erfolgt, gibt natürlich dieser Disposition keinen anderen Charakter. Nicht die Erbeinsetzung, sondern nur das Geschäft, in welchem sie errichtet ist, hat in beiden Fällen eine verschiedene Natur.

diger Weise erklärt und sich durch die Einkleidung derselben in einen Vertrag von selbst die rechtliche Möglichkeit eines Widerrufes entzogen, so daß ein Zuwiderhandeln ohne alle rechtliche Bedeutung sein würde. Ganz richtig bestimmt deshalb das privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich:

§ 2120. „Der Erbvertrag hat eine erbrechtliche Wirkung, indem durch denselben die eine Vertragsperson, der Erblasser, der andern in bindender Form — ein Erbrecht — zusichert . . .“ [1])

Hiernach läßt es sich auch nicht wohl bezweifeln, daß der Erbeinsetzungsvertrag nicht den Geschäften unter Lebenden, sondern den Geschäften von Todes wegen beizuzählen ist, da unter den letzteren solche Rechtshandlungen zu verstehen sind, bei welchen die dadurch bezweckte Vermögensveränderung nach der Anlage des Geschäftes selbst erst durch den Tod Jemandes eine feste Bestimmung und entschiedene Dauer erhält.[2]) Der Erbvertrag gibt kein gegenwärtiges Recht, sondern nur ein solches, das sich erst mit dem Tode der betreffenden Person verwirklichen kann, und zwar nur unter der Voraussetzung, daß der eingesetzte Vertragserbe den andern Theil überlebt. Wenn daher die Kontrahenten einander gegenseitig zu Erben ernennen, so läßt sich doch unmöglich sagen, daß Beide bereits mit dem Abschlusse des Vertrages ein festes Recht — ein unwiderrufliches Erbrecht — erworben haben, da doch nur Einer von ihnen der Erbe sein kann und erst die Zukunft darüber entscheidet, welcher der überlebende Theil sein wird.

Nach der oben angegebenen Natur des Erbeinsetzungsvertrages fällt unter den Begriff desselben nicht das Versprechen, Jemanden im Testamente oder einem künftig abzuschließenden Erbeinsetzungsvertrage bedenken zu wollen. Ein Vertrag dieses Inhalts steht gemeinrechtlich noch heute unter den Vorschriften des römischen Rechts und ist nach diesen nichtig.[3]) Dasselbe ist auch nach unserem Rechte anzunehmen.

---

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 177 bemerkt dazu: Der Erbvertrag unterscheidet sich eben dadurch von den obligatorischen Verträgen. Er begründet nicht wie die letztern Forderungen und Schulden, sondern gibt oder nimmt Erbrecht; er ist daher ein erbrechtliches Institut.

[2]) Hasse a. a. O. S. 211 f., dessen „elegauter Deduction“ Beseler II. 1 S. 211 f. vollständig beitritt.

Daß unser Landrecht von demselben Gesichtspunkte ausgeht, beweist schon die Einreihung der Erbverträge unter die „Verordnungen von Todeswegen.“ Es ist daher den entgegengesetzten Ausführungen Scharnweber's a. a. O. S. 35 ff. nicht beizupflichten.

[3]) Julian. l. 61 D. de V. O. (45, 1): Stipulatio hoc modo concepta: „si

So wenig sich Jemand, ohne einen förmlichen Erbvertrag zu schließen, in rechtsbeständiger Weise verpflichten kann, ein bereits errichtetes Testament nicht zu widerrufen oder die gesetzliche Erbfolge nicht durch eine letzte Willensordnung zu ändern (§ 10 d. T.),[1] so wenig ist einem obligatorischen Vertrage der gedachten Art irgend rechtliche Wirksamkeit beizulegen. „Rechte auf den künftigen Nachlaß" einer Person (§ 617) können vermöge deren Willensthätigkeit nur durch ein (unwiderrufenes) Testament oder durch einen (seiner Natur nach unwiderruflichen) Erbvertrag begründet werden. Ein Drittes gibt es nicht; der gewöhnliche (obligatorische) Vertrag, und wäre er in der bündigsten Form geschlossen, reicht dazu nicht aus. Mit Recht bestimmt daher auch das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen:

§ 2559. „Das Versprechen, Jemanden in Zukunft durch Erbvertrag oder letzten Willen zum Erben einsetzen oder mit einem Vermächtnisse oder einer Anwartschaft bedenken zu wollen, ist, selbst wenn es angenommen wird, wirkungslos."

---

heredem me non feceris, tantum dare spondes?" inutilis est: quia contra bonos mores est haec stipulatio. l. 34 i. f. C. de transact. (2, 4): — nec ad implendum promissum, hereditatis propriae pollicitatione quisquam adstringitur. l. 4 C. de inut. stip. (8, 39): Ex eo instrumento nullam vos habere actionem, in quo contra bonos mores de successione futura interposita fuit stipulatio, manifestum est: quum omnia, quae contra bonos mores vel in pactum vel in stipulationem deducuntur, nullius momenti sint.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 5 def. 22. Pactum seu conventio de instituendo herede, aut relinquendis alicui bonis suis, non obligat heredes ad interesse. (Leipziger Schöffenspruch von 1633: Ob nun wohl gedachter N. euch alle sein Vermögen durch ein gerichtlich Testament zu vermachen, sich verobligiret; Dieweil aber dennoch vor seinem Absterben solches würklichen nicht erfolget, noch euch sein Vermögen durch ein Testament oder andern letzten Willen vermacht worden, So habt ihr euch auch dannenhero seiner Verlassenschaft nicht anzumassen, sondern es verbleibet solche seinen näheften Freunden und Erben billig, und es mögen dieselbe von euch ad interesse beständiger Weise nicht belanget werden.) Hasse a. a. O. S. 206 f. Beseler II. 1 S. 315 f. Köppen S. 286 Note 49.

[1]) s. oben S. 247 f.

Dagegen ist ein Vertrag, wodurch sich Jemand der Disposition über ein zu erwerbendes Vermögensstück begibt, nicht an die Form des Erbvertrages gebunden. Erk. des Ob.-Trib. vom 24. Mai 1841 (Striethorst, Archiv B. 8 S. 383).

Persönliche Erfordernisse.

§ 618. «Wer Erbverträge schließen will, muß mit den Eigenschaften versehen sein, welche sowohl zur Errichtung eines Testaments, als zur Abschließung eines Vertrages erforderlich sind.»

§ 619. «Ermangeln dem Versprechenden die zum gültigen Contrahiren erforderlichen Eigenschaften, so gilt der Erbvertrag auch nicht als eine einseitige letztwillige Verordnung, wenngleich zu dieser letzteren der Contrahent an sich nach den Gesetzen fähig wäre.»

3. Aus der Natur des Erbvertrages als eines (unwiderruflichen) Testaments folgt von selbst, daß nur der Testamentsfähige einen Erbvertrag über seinen Nachlaß schließen kann. Aber dieses Erforderniß reicht hier nicht zu. Vermöge der Vertragsnatur jenes Geschäfts muß der in solcher Art über seinen Nachlaß Verfügende auch die zu Verträgen nothwendige Handlungsfähigkeit besitzen. Weder das eine noch das andere Erforderniß braucht aber bei Demjenigen zuzutreffen, welcher durch den Erbvertrag erwerben soll; vielmehr ist bei diesem nur die davon ganz verschiedene, persönliche Fähigkeit, aus letztwilligen Verordnungen zu erwerben (s. g. passive Testamentsfähigkeit § 36 d. T.) vorausgesetzt. Der § 618 geht daher in seiner Fassung zu weit, indem diese nur für wechselseitige Erbverträge richtig ist.[1])

Die Nothwendigkeit des Zusammentreffens der Testaments- und der Vertragsfähigkeit ist von Wichtigkeit bei Personen, welchen das Gesetz zwar die erstere, nicht aber die letztere beilegt, wie Minderjährigen, welche das 14. Jahr zurückgelegt haben und unter väterlicher Gewalt befindlichen Personen. Es entsteht dabei die von unserem Landrecht unberührt gelassene Frage, ob in solchen Fällen der Mangel der Fähigkeit, Verträge zu schließen, durch den Beitritt des Vaters oder Vormundes ergänzt werden könne.

Beseler (II. 1 S. 255) verneint dieselbe mit der einfachen Bemerkung:

> daß man durch ein solches Geschäft über seine Beerbung unwiderruflich verfügt, und dabei also einer größeren Besonnenheit und Ueberlegung bedarf, als bei der Errichtung eines Testaments, welches ganz in der Hand des Testators liegt.

[1]) Gesetz-Revision. Pensum XVI S. 213. Bornemann VI S. 140.

Sein Rezensent Albrecht (a. a. O. S. 335) spricht sich eingehender dahin aus:

> Etwas zu flüchtig geht der Verf. über die Frage hinweg, ob und in wie fern Minderjährige Erbverträge eingehen dürfen. Zwar ist soviel auf den ersten Blick klar, daß von ihrer testamentifactio auf die Fähigkeit zu Erbverträgen nicht geschlossen werden darf. Darauf aber allein baut der Verf. die Verneinung der obigen Frage. Wenn man nun aber die Ansicht derjenigen theilt, welche die Minderjährigen nach röm. Recht im Allgemeinen für fähig halten, ohne Consens des Curators auch in Beziehung auf ihr Vermögen Verbindlichkeiten zu übernehmen, mit Ausnahme, unter andern, der Veräußerungen, so dürfte auch ihre Fähigkeit zu Erbverträgen zu behaupten seyn, da diese wohl nicht unter den Begriff der Veräußerung zu subsumiren sind. Geht man dagegen von der entgegengesetzten Ansicht in Betreff der Handlungsfähigkeit des Minderjährigen aus, so scheint es zwar, als ob man zu keiner andern Meinung gelangen könnte, als der, daß er zu Erbverträgen der Zustimmung des Curators bedürfe, mit oder ohne obrigkeitliches Dekret, je nachdem man Erbverträge zu den Veräußerungen zählen will oder nicht.[1]) Allein auch dagegen ließe sich, wie wir glauben, mit gutem Grunde einwenden, daß Erbverträge, eben so wie Schenkungen, über den Ressort der vormundschaftlichen Vermögensadministration hinausgehn, wonach sich dann ergeben würde, daß Minderjährige überhaupt nicht Erbverträge schließen können und dieses Resultat scheint uns auch hinsichtlich seiner praktischen Brauchbarkeit nichts gegen sich, vielmehr viel für sich zu haben.

Das letztgedachte Ergebniß ist auch nach unserem Rechte als das allein richtige anzuerkennen. Eine Ergänzung der mangelnden Handlungsfähigkeit durch den Hinzutritt der väterlichen oder vormundschaftlichen Einwilligung ist hier gar nicht an ihrem Orte. Wir haben es hier nicht mit einem Geschäfte des gewöhnlichen Verkehrs zu thun, wofür dem Handlungsunfähigen nothwendig eine Vertretung geschaffen werden muß, sondern mit einem ganz außerhalb dieses Kreises

[1]) So wird in einem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Celle von 1846 ausgesprochen: Erbverträge, welche das ganze Vermögen zum Gegenstande haben, enthalten eine Veräußerung nicht und können daher auch ohne obrigkeitliches decretum de alienando von Minderjährigen eingegangen werden. (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. 1 S. 165.)

Derselbe Gerichtshof hat in einem Erkenntnisse vom 30. April 1849 angenommen, daß ein von einem Minderjährigen ohne Zuziehung eines Curators abgeschlossener Erbvertrag durch die innerhalb fünf Jahren nach erreichter Volljährigkeit unterlassene Anfechtung nicht rechtsbeständig werde, da die aus der l. 3 C. si maj. fact. alien. (8, 74) entnommene Analogie auf einen Erbvertrag, dessen Eingehung nicht als eine Veräußerung angesehen werden könne, unanwendbar sei. (Seuffert, Archiv V Nr. 202.)

stehenden Rechtsacte, durch welchen über das Leben des Vertretungsbedürftigen hinaus eine Vermögensverfügung getroffen werden soll. Hier thut eine solche Vertretung gar nicht Noth, da sie durch die väterliche oder vormundschaftliche Obsorge für das persönliche oder vermögensrechtliche Interesse des Betreffenden durchaus nicht geboten ist, und eben deshalb darf sie auch nicht zugelassen werden.[1])

Nur in Betreff der bei der Verheirathung Minderjähriger abzuschließenden Erbverträge ist eine Ausnahme anzuerkennen (s. unten Abschn. VI Nr. 3 c.).

In Ansehung der Ehefrauen möchte die Sache weniger Bedenken haben. · Soviel ist gewiß, daß sie mit ihrem Manne — und dieser Fall wird wohl allein im Rechtsleben vorkommen — ohne Zuziehung eines rechtlichen Beistandes einen Erbvertrag schließen können.[2]) —

---

[1]) Dieser Gesichtspunkt ist auch im Sächsischen bürg. G.-B. anerkannt, indem dasselbe bestimmt:

§ 2545. „Handlungsunfähige und für ihre Personen Bevormundete können selbst nicht mit Einwilligung ihrer Vormünder ... durch Erbvertrag verfügen ..."

Siebenhaar, Com. III S. 383, 384 bezeichnet dies als eine Consequenz des Satzes, daß eine Stellvertretung für den Vertragserblasser ausgeschlossen ist, wogegen für die im Erbvertrage Bedachten unzweifelhaft Stellvertretungen statt haben. Vergl. Hartmann a. a. O. S. 36.

Das privatr. G.-B. für den K. Zürich bestimmt dagegen:

§ 2113. „Personen, welche nicht handlungsfähig sind, bedürfen zur Abschließung eines Erbvertrages in der Regel der vormundschaftlichen Ermächtigung oder Stellvertretung."

§ 2114. „Einen Erbvertrag über die eigene Verlassenschaft können nur mündige und willensfähige Personen abschließen und haben dazu persönlich mitzuwirken."

In Bezug auf die letztere Vorschrift bemerkt Bluntschli, Erläut. IV S. 173: In diesem Falle ist also nur die vormundschaftliche Ermächtigung, nicht auch die vormundschaftliche Stellvertretung zuläßig. In der Eigenschaft als Erbe dagegen kann auch ein Unmündiger und ein Wahnsinniger an einem Erbvertrage sich betheiligen, und es tritt dann für ihn die Stellvertretung der Vormundschaft ein.

[2]) Vergl. §§ 439, 440 Tit. 1 Th. II A. L.-R.

So bestimmt auch das privatr. G.-B. für den K. Zürich § 2115. „Ausnahmsweise, in Abweichung von der Regel des § 141, ist die Ehefrau berechtigt, ohne einer weiteren Zustimmung zu bedürfen, mit ihrem Ehemanne einen wechselseitigen Erbvertrag abzuschließen." (§ 141. „Ein der Frau zustehendes Erbrecht — darf der Mann nur veräußern ... insofern sie selber und ein zu diesem Behuf bestellter außerordentlicher Vormund ihre Zustimmung geben.") Das Oesterr. bürg. G.-B., welches, wie oben bemerkt, nur unter Ehegatten den Erbvertrag zuläßt, verordnet § 1250: „Ein pflege-

Errichtet die Frau mit einem Dritten einen Erbvertrag über den eigenen Nachlaß, so liegt hier allerdings keine Verfügung vor, welche in das Gebiet der ehemännlichen Rechte irgend eingreift, so daß aus diesem Gesichtspunkte die Zustimmung des Ehemannes entbehrlich erscheint. Gleichwohl neigt sich die gemeine Ansicht dahin, eine solche Zustimmung für nothwendig zu halten.[1])

4. Die Vorschrift des § 519 ist auch in das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen übergegangen, welches den Grundsatz aufstellt:

§ 2547. „Ein Erbvertrag, welcher als solcher nicht gültig ist, kann nicht als letzter Wille aufrecht erhalten werden.“ [2])

Das Oesterreichische Gesetzbuch[3]) geht von dem viel natürlicheren Grundsatze aus: utile per inutile non vitiatur und hält deshalb den ungültigen Erbvertrag, sofern dabei die Erfordernisse eines letzten Willens gewahrt sind, als Testament aufrecht.[4]) Dies entspricht auch allein der oben dargestellten Natur des Erbvertrages. Von einer eigentlichen Conversion — der juristischen Umwandlung eines ursprünglich beabsichtigten Rechtsgeschäfts — ist hier nicht die Rede. Das

---

befohlener Ehegatte kann zwar die ihm versprochene unnachtheilige Verlassenschaft annehmen; aber die Verfügung über seine eigene Verlassenschaft kann, ohne Genehmhaltung des Gerichtes, nur insofern bestehen, als sie ein giltiges Testament ist."

[1]) Vergl. Sächs. bürg. G.-B. § 2545. „— Eine Ehefrau bedarf, soweit sie sich nicht ohne ihren Ehemann verpflichten kann, auch zur Verfügung durch Erbvertrag der Einwilligung ihres Ehemannes." (§ 1638. „Eine Ehefrau bedarf zu allen Rechtsgeschäften mit Dritten, durch welche sie nicht lediglich erwirbt, der Einwilligung ihres Ehemannes.") Bluntschli, Erläut. IV S. 174: — Will die Frau als Erblasserin einen Erbvertrag mit einer andern Person abschließen, so bedarf sie wie der Minderjährige dazu der Ermächtigung ihres Mannes.

[2]) Siebenhaar, Com. III S. 385: Der Grund dieser Vorschrift liegt darin, daß die Aufrechthaltung eines ungültigen Erbvertrages, als eines letzten Willens, eine s. g. conversio eines Rechtsgeschäfts enthalten würde. Eine solche ist nur zuläßig, wenn die Annahme begründet ist, daß die Interessenten dieselbe gewollt haben. In dem vorliegenden Falle würde es namentlich nur auf den Willen des Vertragserblassers ankommen können. Dafür aber, daß dieser eine solche Conversion gewollt habe, fehlt es an allen Anhaltepuncten, indem sich ebensogut voraussetzen läßt, daß er in der Form eines Erbvertrages auch lediglich einen solchen zu errichten beabsichtigt, und namentlich die Errichtung eines letzten Willens ihm ganz fern gelegen habe.

[3]) § 1250 f. oben S. 338 Note 2.

[4]) Unger § 26 Note 9: Von den beiden Elementen, welche der Erbvertrag enthält, Erbeinsetzung und Verzicht, bleibt das erstere gültig, während das zweite ungültig ist.

wirklich gewollte Geschäft — die Erbeinsetzung — bleibt ja ungeändert. Es wird nur das vertragsmäßige Element — die Unwiderruflichkeit — abgestreift. Der über seinen Nachlaß durch Erbvertrag Verfügende behält, gleich jedem Testator, das Recht des freien Widerrufes. Macht er davon keinen Gebrauch, so stellt sich mit dem Augenblicke seines Todes jene von ihm erklärte Erbeinsetzung in der That als sein letzter Wille dar. Wir thun daher seiner Erklärung nicht den geringsten Zwang an, wenn wir sie als Testament gelten lassen wollen.[1])

Gegenstände.

§ 620. «Nur solche Sachen und Rechte, worüber Jemand durch einen letzten Willen zu verfügen berechtigt ist, kann er Anderen durch Erbverträge zuwenden.»

5. Diese Vorschrift hat wohl keine andere Bedeutung, als den bereits im § 9 d. T. aufgestellten allgemeinen Grundsatz in Beziehung auf Erbverträge zu wiederholen. Allein ihre Fassung ist insofern beachtenswerth, als sie zu erkennen gibt, daß auch bestimmte Sachen und Rechte im Wege des Erbvertrages Jemanden zugewendet werden können. Hierdurch ist für uns die Streitfrage erledigt:

ob neben dem Erbvertrage auch ein Vermächtnißvertrag anzuerkennen sei.

Beseler[2]) will diese Frage nach gemeinem Recht verneint wissen, und auch Gerber[3]) schließt sich der Behauptung an, daß es an allem

---

[1]) Das Hofgericht zu Darmstadt nahm bei Entscheidung über die Gültigkeit eines von einem noch nicht ganz volljährigen Mädchen mit ihrem Verlobten geschlossenen Erbvertrages an, daß solcher, wenn einer der Ehegatten eltern- oder kinderlos verstorben, ohne anderweit disponirt oder widerrufen zu haben, als Schenkung auf den Todesfall aufrecht zu erhalten sei. (Matthiä, Controv.-Lexicon II Abth. 1 S. 164.)

So entschied auch das O.-A.-G. zu Oldenburg: Ein minor pubes, der ohne Genehmigung seines Vormundes Jemanden durch Vertrag zu seinem Erben ernannt hat, ist dadurch nicht gebunden, kann vielmehr, so lange er diese Disposition nicht nach erreichter Volljährigkeit ausdrücklich oder stillschweigend genehmigt hat, jederzeit, ohne erst der Restitution zu bedürfen, einseitig davon abgehen und anderweitig rechtsgültig über seinen Nachlaß verfügen. (Seuffert, Archiv I Nr. 253.)

[2]) Lehre von den Erbverträgen Th. II B. 1 S. 22—24, S. 213—228, B. S. 109—122.

[3]) System des deutsch. Rechts § 257.

juristischen Interesse fehle, neben dem Erbvertrage einen analogen Vermächtnißvertrag, dessen Inhalt das Recht auf Zuwendung eines Vermächtnisses sei zu construiren.

Mit Recht macht aber Bluntschli[1]) hiergegen geltend:

> Die Zuläßigkeit des Vermächtnißvertrages ist schon deshalb für unzweifelhaft und der Begriff desselben als ein realer zu halten, weil es in Deutschland sicher mehr einzelne Erbverträge gibt, durch welche der Erblasser dem Paciscenten ein Vermächtniß, als solche, durch die er ihm ein universelles Erbrecht zusichert. So kommt es viel häufiger vor, daß ein Ehegatte dem andern durch Vertrag die Nutznießung an seiner Verlassenschaft vermacht, als daß er ihn zu seinem Erben ernennt. Ueberhaupt ist es dem deutschen Rechtsbewußtsein ganz natürlich, nachdem es einmal die Zuläßigkeit von Vermächtnissen begriffen hat, diese nicht allein in der röm. Form einseitiger Willenserklärung zuzulassen, sondern in Form des Vertrages fest und unwiderruflich zu machen. Das schien um so unbedenklicher, als schon früher ein ähnlicher Effekt auch in der festen nur zu festen Form der Vergabung durch Auflassung erreicht worden war. Es war ein Fortschritt in der Rechtsbildung, als man, was vordem nur durch Veräußerung unter Lebenden zu erreichen war, nun schicklicher durch Vermächtniß auf den Todesfall hin und dennoch auf sichere Weise bewirkte . . ." [2])

So verordnet auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 11 § 1:

> „— 6to Mögen dergleichen Pacten nicht nur um die ganze Erbschaft, sondern auch über einen Theil derselben, und nur desto mehr über ein gewisses Stück gemacht werden . . ." [3])

Auch das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen enthält die gleiche Bestimmung in dem schon oben S. 331 angeführten § 2542.[4])

---

[1]) Deutsches Privatrecht § 242 (3. Aufl. 1864).

[2]) Vergl. auch die gegen Beseler gerichteten Ausführungen Albrecht's in der angef. Rezens. S. 325 und Hartmann's a. a. O. S. 73 f.

Auch in einem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Celle vom 23. März 1858 wird ausgesprochen: daß nach deutschem Recht nicht bloß universelle Erbrechte, sondern ebensowohl Vermächtnisse vertragsmäßig begründet werden können. (Seuffert, Archiv XII Nr. 279.)

[3]) Hierauf beruht die den älteren Rechtslehrern ganz geläufige Eintheilung in Pacta successoria universalia und particularia. Lauterbach, Coll. P. Lib. 23 tit. 4 § 10. — Auch nach Württemb.'schen Rechte nimmt Reyscher, Com. III § 697 die Gültigkeit der letzteren an.

[4]) Siebenhaar, Com. III S. 383 bemerkt dazu: Durch einen Erbvertrag kann eben so gut eine Singularsuccession, als eine Universalsuccession begründet werden. Unsere Praxis hat die Gültigkeit der singulären Erbverträge nie

desgleichen das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich:

§ 2126. „Es kann durch Erbvertrag Jemandem auch ein Vermächtniß zugesichert werden, vorausgesetzt, daß der Bedachte in dem Erbvertrag selbständig mitwirke.“ [1])

Form.[2])

§ 621. «Erbverträge müssen, wie Testamente, gerichtlich abgeschlossen, oder von beiden Theilen persönlich den Gerichten übergeben werden.»

§ 622. «Die privilegirte Form von Testamenten findet bei Erbverträgen nicht Statt.»

§ 623. «Auch bei der Aufbewahrung, Eröffnung und Zurückgabe der Testamente muß der Richter alles das beobachten, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist.»

Anh. § 43. «Auch dadurch, daß der Erbvertrag unversiegelt den Gerichten übergeben wird, wird die Versiegelung und überhaupt die bei den Testamenten vorgeschriebene Form nicht ausgeschlossen.»

6. Diese durchaus zweckmäßigen Vorschriften sind schon von selbst

---

bezweifelt, und dies entspricht der Auffassung des Erbrechts, welche dem B. G.-B. zu Grunde liegt.

[1]) Das Oesterreichische Recht kennt den Vermächtnißvertrag nicht. Unger § 61 Note 4. — Der Großh. Hessische Entw. Buch II Art. 552 betrachtet ihn unter Ehegatten als eine einseitig unwiderrufliche Schenkung auf den Todesfall.

[2]) In Betreff der Frage, nach welchen Gesetzen sich die Form der Erbverträge bestimmt, bemerkt Bar, das internationale Privat- und Strafrecht (Hannover, 1862) S. 130: Erbverträge bestimmen das Erbrecht, und wenn letzteres nach den Gesetzen des letzten Domicils des Erblassers beurtheilt werden muß, so scheint zu folgen, daß jene ebenfalls diesen Gesetzen unterliegen, daß sie also, wenn nicht in den Formen des Orts der Handlung errichtet, durch Aenderung des Domicils eines der Paciscenten wegen Formmangels ungültig werden. Allein Erbverträge begründen zugleich gegenwärtig wirksame Rechte der Contrahenten; während das Testament überhaupt erst beim Tode des Erblassers wirksam wird, beschränkt der Erbvertrag sofort die Dispositionsbefugniß. Diese bereits gegenwärtig wirksame und demnach zur Zeit den Gesetzen des dermaligen Domicils unterliegende Beschränkung der Dispositionsbefugniß zu Gunsten des vertragsmäßigen Erben kann daher nur unter denjenigen Voraussetzungen nach den am Orte des letzten Domicils geltenden Gesetzen

durch die Natur des Erbvertrages als eines Testaments geboten.[1]) Im gemeinen Recht machte sich jedoch die Rücksicht auf die Vertragsnatur des Geschäfts als die überwiegende geltend[2]) und man gelangte höchstens dahin, die Schriftform für nothwendig zu erklären.[3])

---

unwirksam werden, welche der Erfüllung bereits bestehender Verträge entgegentreten, nicht aber auf Grund solcher Bestimmungen angefochten werden, die nur die Eingehung eines Rechtsgeschäfts bezielen, und zu denen Formvorschriften unzweifelhaft gerechnet werden müssen. Die entgegengesetzte Annahme würde auch den Contrahenten eine beliebige Aufhebung des Erbvertrages durch Aenderung des Domicils gestatten, also der Verletzung von Treu und Glauben freien Spielraum gewähren.

[1]) Auch Hasse a. a. O. S. 197 sagt: „es scheint nichts natürlicher, als alle Erbeinsetzungen und Enterbungen, testamentarische wie vertragsmäßige, der Form nach einander völlig gleich zu setzen, wie sie das jetzt nur bei gerichtlicher Vollziehung sind, ja die Erbverträge könnten eher noch ein Solenne mehr als weniger vertragen." Ebenso spricht Beseler II. 1 S. 52 sein Bedauern darüber aus, „daß es nicht in der Macht der Theorie stehe, hier eine unmittelbare Abhülfe zu bieten und die Anforderung der Zweckmäßigkeit zur rechtlichen Nothwendigkeit zu erheben."

[2]) Hasse S. 196—199. Beseler II. 1 S. 27 ff., S. 233 f. Buddeus in Weiske's Rechtslex. IV S. 40, 41. Gerber, System § 258.

So spricht ein Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 6. Oktober 1835 aus: Erbverträge sind nach deutschem Recht unbezweifelt gültig, bedürfen auch in Ermangelung spezieller Landesgesetze keiner besonderen Form; es genügt vielmehr zu ihrer Rechtsbeständigkeit die Zustimmung beider Theile. Mittermaier, deutsches Privatr. § 402. Runde, deutsch. Privatr. § 660. Danz, Handb. des deutsch. Privatr. Th. 7 S. 386, Westphal, deutsch. Privatr. Th. 2 Abh. 71 § 1. Thibaut, System § 678. (Matthiä, Controv.-Lex. Th. II Abth. 1 S. 160), desgleichen ein mit Gesetzeskraft versehenes Hannoversches Präjudiz vom 3. März 1840: ein Erbvertrag kann auf rechtsbeständige Art auch mündlich abgeschlossen werden. Ebenso ein Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 21. Juni 1859: Nach gemeinem Recht ist zur Gültigkeit eines Erbvertrages und insbesondere auch eines Erbeinsetzungsvertrages, eine besondere Form, namentlich eine schriftliche Urkunde, nicht erforderlich; vielmehr reicht der bloße wechselseitige Consens der Kontrahenten hin. (Striethorst, Archiv B. 35 S. 24 f.)

[3]) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. § 342. Gründler, Polemik des german. R. § 660. Walter, System § 431. Dieck, in Ersch und Gruber's Encycl. Th. 40 S. 410 f. v. Holzschuher, Theorie und Casuist. 3. Aufl. II S. 1105 f.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 22. Januar 1839: Die Behauptung eines nicht schriftlich errichteten Erbvertrags hat schon an sich die Vermuthung um so mehr gegen sich, je größer dessen Objekt sein soll. Bei keinem Rechtsgeschäft ist die Veranlassung zu einer schriftlichen Redaktion in glaubhafter Form so dringend, wie bei einem solchen, welches erst nach

Es blieb daher der Partikulargesetzgebung vorbehalten, hier die allgemein als nothwendig anerkannte Abhülfe zu gewähren.

Schon der Sachsenspiegel B. II Art. 30 (s. oben S. 324) erforderte zum Erbvertrage die gerichtliche Auflassung.[1])

Die Joachimische Constitution von 1527 gedenkt in dem schon oben (S. 325 Note 3) angeführten § 4 Tit. I ausdrücklich der „Verbriefung" der Ehestiftung, der am häufigsten vorkommenden Art des Erbvertrages und verordnet im § 5:

„Dergleichen so zwey Eheleut bey einander in der Ehe sein und keinen leiblichen ehelichen Erben haben, mag eins dem andern vor

---

dem Tode eines der Interessenten Wirksamkeit äußert, weshalb denn auch Erbverträge, wenngleich dieses zu ihrer Rechtsbeständigkeit nicht unumgänglich nöthig ist, in der Regel schriftlich errichtet werden, ein mündlich errichteter aber, vorzüglich wenn er die Zusicherung eines bedeutenden Objekts enthalten möchte, einen besonders stringenten Beweis erfordert, der nur aus sehr dringenden Gründen die Ergänzung durch ein suppletorium zuläßt. (Seuffert, Archiv XII Nr. 170.)

Nur Bluntschli (deutsches Privatr. § 241 3. Aufl.), dem sich auch Hartmann a. a. O. S. 46 f. angeschlossen hat, geht weiter und erfordert im richtigen Gefühl für jeden Erbeinsetzungsvertrag die Testamentsform. Er sagt hierüber: Alle Gründe, welche für die Nothwendigkeit einer sorgfältigen und sichern Form der Testamente sprechen, gelten auch für die Erbverträge, und zwar um so mehr wegen ihrer Unwiderruflichkeit. Die historische Anknüpfung an die älteren Erbgedinge, welche der Form der Auflassung bedurft hatten, läßt ebenso die gerichtliche Form erwarten. Dessenungeachtet hat die gemeine Doctrin des 18. Jahrhunderts, irrthümlich auf die Formlosigkeit der obligatorischen Verträge sich berufend, auch für die Erbverträge von jeder besonderen Form abstrahirt und die Formlosigkeit auch für diese, wo sie am wenigsten paßt, zum Princip erhoben. Der Irrthum der Juristen darf aber um so weniger auf die Dauer gelten, als er nicht einmal zur Zeit seiner unbestrittenen Autorität die Praxis zu beherrschen und umzugestalten vermocht hat und die Natur des Instituts entschieden eine sorgfältigere Behandlungsweise erfordert.

[1]) Urtheil des Schöppenstuhls in Jena (nach 1838): Das Sächs. Landr. B. II Art. 30 enthält die bei der Bedenklichkeit der Erbverträge sehr weise Vorschrift, daß sie nicht anders gültig sein sollen, als wenn sie „vor Gericht gestätigt" sind; was man nur so verstehen kann, daß die paciscirenden Partheien selbst vor Gericht ihren Willen erklärt, oder den schon erklärten nochmals genehmigt haben müssen. (Emminghaus, Pand. des gem. Sächs. R. S. 156 Nr. 216.) Urtheil des O.-A.-G. zu Jena von 1842: Ein Erbvertrag fordert nach dem Sachsensp. II. 30 gerichtliche Bestätigung. Das hiesige Tribunal hat sich stets für die fortwährende Anwendbarkeit jener Vorschrift ausgesprochen. Aus Const. Sax. P. III c. 1 läßt sich etwas Anderes nicht herleiten. (Ebendas. Nr. 217.)

Gericht übergeben und vermachen zu voraus den vierden Pfenning aller Güter . . . Welcher geschehen soll vor gehegtem Ding, Und solches sol krafft haben, dieweil sie nicht Leibliche Eheliche Erben gewinnen."

Nach den interessanten Mittheilungen Heydemann's a. a. O. S. 261 f. finden sich aber schon in einem Berliner Gerichtsbuche vom Jahre 1503 ff. einige Fälle von Ehestiftungen unter Brautleuten oder Eheleuten, welche

„vor Richtere unde schepen jn volgehegeder bank gemaket" sind.

Auch das Hamburger Stadtrecht von 1603, spricht in den oben (S. 327) angeführten Art. 11, 12 von „Ehezärtern, die zwischen Eheleuten aufgerichtet, vollzogen, unterschrieben und versiegelt sind," das Württemberg'sche Land-Recht von 1610 dagegen (s. oben S. 327) nur von

„auffgerichten, verbriefften oder ohnverbriefften, doch beweißlichen, Gedingen, Pactionen und Eheberedungen."[1])

Außerdem ist zu verweisen auf die gleichfalls schon oben (S. 328) angeführten Bestimmungen des Churf. Pfälzischen Landr. von 1610,

---

[1]) Reyscher, Com. III § 691 sagt hierüber: „Vor dem Landrechte war allerdings die gerichtliche Form der Gemächte die gewöhnliche. Noch im ersten Landrecht ist vorgeschrieben: daß alle und jede Unterthanen, welche es in ihren Erbfällen anders, als das Landrecht ausweist, gehalten haben wollen, solche Abreden, Gedinge und Gemächte, sofern darüber nicht glaubwürdige Schriften gefertigt, vor Gericht anbringen und einschreiben lassen sollen. Hier ist eine wahlweise Form — entweder Abfassung vor Zeugen oder gerichtliche Insinuation — zur Bedingung gemacht. Allein die Belehrung vom 5. August 1567 fügt hinzu: dann da es nit beschehe und sonsten an der Beweisung Mangel sein würde, sollen sie wissen, daß nach ihrem Absterben es nach Inhalt des Landrechts würde gehalten, d. h. die landrechtliche Erbfolge würde angewendet werden. Man sieht hieraus: die schriftliche, wie die gerichtliche Form erschienen jetzt dem Gesetzgeber nur noch nothwendig oder rathsam des Beweises wegen; andere Beweismittel waren nicht ausgeschlossen, namentlich stand es den Betheiligten zu, ihren Vertrag „auf andere zugelassene Maß" zu „verbriefen." Vergl. Griesinger, Com. B. V S. 240 f.

Das revid. L.-R. des Herz. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 4 § 1 (s. oben S. 329) hat die angeführte Vorschrift des Württ. L.-R. fast wörtlich aufgenommen, jedoch statt der Worte: „verbriefften, oder ohnverbriefften, doch beweißlichen" — gesagt: „verinstrumentirten oder verbriefften, doch beweißlichen" — was wahrscheinlich auf einem bloßen Versehen beruht.

der Nassau-Catzenelnbogischen Land-Ordnung von 1616 und des Chur-Triersischen Land-Rechts von 1713, von denen das letztere geradezu

„die in gegenwärtigem Lands-Brauch verordneten Testamentarischen Solennitäten"

erfordert.

Das Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) von 1756 schreibt vor:

Th. III Kap. 11 § 1. „— 8vo Pflegt man solche (Pacta successoria) entweder per Actum inter Vivos vel ultimae Voluntatis zu errichten. Erstenfalls greift hierin alles Platz, was die Rechte auch von anderen Pacten oder Contracten überhaupt verordnen. Letzternfalls werden 9no die oben vorgeschriebenen Requisita ultimae Voluntatis generalia, wie auch, wenn das Pactum nur extrajudicialiter gemacht wird, wenigst fünf Zeugen, jedoch ohne anderweite äußerliche Solennität, mithin auch ohne Rogitu Testium vel Unitate Actus erfordert. 10mo Müssen selbe auf die nämliche Art, wie bereits von Pactis dotalibus insonderheit versehen ist, schriftlich und respective obrigkeitlich errichtet werden, und zwar sub Poena Nullitatis." [1])

Die neueren Gesetzgebungen anlangend, so bestimmen:

das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 1249. „— Zur Gültigkeit eines solchen Vertrages [eines zwischen Ehegatten abgeschlossenen Erbvertrages] ist jedoch nothwendig, daß er schriftlich mit allen Erfordernissen eines schriftlichen Testamentes errichtet werde." [2])

das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2546. „Ein Erbvertrag ist nur gültig, wenn bei dessen Errichtung die Formen des gerichtlichen letzten Willens beobachtet worden sind." [3])

das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2116. „Erbverträge, in welchen sich zwei Personen wie insbesondere die Ehegatten wechselseitig zu Erben einsetzen oder einander gegenseitig Vortheile an der Verlassenschaft zusichern, bedürfen der Form des or-

---

[1]) Vergl. dazu v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 4.

[2]) Die Erbverträge können hiernach nur mündlich zu gerichtlichem Protocoll gegeben oder schriftlich bei Gericht niedergelegt werden. Andere Formen der Errichtung letzter Willen sind für die Erbverträge ausgeschlossen. Siebenhaar, Com. III S. 334.

Der Großh. Hessische Entwurf Buch II Art. 436 enthält die Bestimmung: „Der einfache oder gemischte Ehevertrag [Letzterer ist ein solcher, der zugleich die Erbfolgerechte der Ehegatten bestimmt] ist nur gültig, wenn er vor dem Gerichte des Orts, wo der Ehemann zur Zeit des Vertragsabschlusses seinen Wohnsitz hat, beurkundet und bestätigt ist."

[3]) Nach der Hofkriegsrathsverordn. vom 8. März 1818 sind die Begünstigungen eines Militairtestamentes bei Erbverträgen unanwendbar.

Unger § 26 Note 10.

bentlichen Testamentes.[1]) Andere Erbverträge bedürfen der **notarialischen Fertigung.**"

7. In Betreff der Anwendung der Formvorschriften unseres Landrechts ist noch zu bemerken:

a. Der § 621 verlangt nicht bloß den gerichtlichen Abschluß oder die gerichtliche Uebergabe der Erbverträge, sondern auch insbesondere, daß bei der Aufnahme der Erbverträge der Richter alles das beobachte, was bei den Testamenten vorgeschrieben ist.[2])

b. Die für Testamente geltende Vorschrift, daß statt des an der Unterschrift verhinderten Testators zwei Zeugen zuzuziehen, kann nicht auf solche Erbverträge bezogen werden, in denen der am Schreiben Verhinderte keine Verfügung über seinen eigenen künftigen Nachlaß trifft.[3])

c. Jeder, welcher durch Erbvertrag über seinen Nachlaß eine Verfügung treffen will, kann dies nur **persönlich** thun. Eine Vertretung durch Bevollmächtigte ist ausgeschlossen.[4])

---

[1]) **Bluntschli**, Erläut. V S. 175: Die Form des **außerordentlichen** Testamentes ist nicht anwendbar auf den Erbvertrag und es ist auch gar kein Bedürfniß dafür vorhanden.

[2]) Präjud. unseres Ob.-Trib. vom 10. Mai 1844 Nr. 1439. (Präj. Samml. I S. 75.)

[3]) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 27. Mai 1847) Entsch. des K. Ob.-Trib. B. 15 S. 180 f.). Früher hatte das Ob.-Trib. den entgegengesetzten Grundsatz angenommen. (Jurist. Zeitg. 1837 Sp. 761 f.)

[4]) **Hartmann** S. 36 f. bemerkt über diesen, von den Rechtslehrern bisher unerörtert gebliebenen Punkt: „Es kann gar keinem Zweifel unterworfen sein, daß wenigstens von Seiten desjenigen, der eben seine Beerbung bestimmt wissen will, die betreffende Erklärung stets in Person, dem Acceptanten gegenüber, abgelegt werden muß. Es ist ein bekannter Satz unseres gemeinen Rechtes, daß Erbeinsetzungen zu denjenigen Acten gehören, welche gar keine Repräsentation zulassen. Nur würde es, wo die Erbeinsetzung ohne alle Feierlichkeit gültig wäre, quaestio facti sein können, ob nicht anstatt des (scheinbaren) Auftrages zur Vornahme des Geschäftes schon das Geschäft selbst vorläge... Eine andere Frage ist es, ob nicht die Acceptation durch einen Vertreter erfolgen könne, m. a. W. ob nicht der Mangel **persönlicher** Concurrenz des Honoranden ebenso das Zustandekommen des Verzichtes verhindere, wie der gleiche Mangel auf Seiten des Instituenten die Nichtigkeit des Ganzen nach sich zieht. Ich glaube mich hier um so sicherer für das Gegentheil entscheiden zu können, als sonst das merkwürdige und unangemessene Resultat herauskäme, daß eine unwiderrufliche Erbeinsetzung von

d. Wegen der Unanwendbarkeit der privilegirten Testamentsform bei Erbverträgen[1]) können diese auch nicht vor Dorfgerichten errichtet werden.[2])

Wirkungen während des Lebens der Contrahenten.

§ 624. «Durch bloße Erbverträge wird die Befugniß der Contrahenten, über ihr Vermögen unter Lebendigen zu verfügen, nicht eingeschränkt.»

§ 625. «Doch kann der Vertragserbe Schenkungen, welche der Erblasser wegen Uebermaaßes zu widerrufen berechtigt gewesen wäre, innerhalb der gesetzmäßigen Frist zurücknehmen, wenngleich der Erblasser sich dieses Widerrufs ausdrücklich begeben hätte. (Tit. 11 § 1094.)»

§ 626. «Wenn Jemand durch unbesonnene Ausgaben die Substanz seines Vermögens dergestalt vermindert, daß er nach den Gesetzen für einen Verschwender zu achten ist: so kann derjenige, welchem ein Recht auf seinen Nachlaß durch Erbvertrag eingeräumt worden, auf Prodigalitätserklärung wider ihn antragen.»

8. Der im § 624 aufgestellte Grundsatz beruht in dem Wesen des Erbvertrages. Dieser gibt, wie bereits oben erörtert, noch kein

---

furiosi, infantes und juristischen Personen, obwohl im Princip anerkannt, doch in der Ausführung nicht möglich wäre."

Auch nach Sächsischem Recht ist die Frage, ob ein Erbvertrag auch durch Stellvertreter errichtet werden könne, dahin zu beantworten, daß eine Stellvertretung für den Vertragserblasser nicht zuläßig ist, dagegen Stellvertretungen für die im Erbvertrage Bedachten unzweifelhaft statthaben. Siebenhaar, Com. III S. 383.

[1]) Als Grund dieser Ausschließung der privilegirten Form wird von Suarez in der revisio monitorum angegeben:

> daß modus privilegiatus eigentlich nur unter besonderen dringenden Umständen statt finde, und es dann besser sei, daß der Disponent testire, da dergleichen Disposition widerrufen werden könne, der Erbvertrag dagegen nicht, letzterer daher mehr Behutsamkeit und Vorsicht erfordere.
>
> Bornemann VI S. 140 f.

[2]) Mit Recht erklärt Bornemann a. a. O., in Uebereinstimmung mit den Gesetzrevisoren (Pensum XVI S. 215), die entgegengesetzte Ansicht von Bielitz (Kom. III S. 241) für unrichtig.

gegenwärtiges Recht, sondern nur ein solches, das sich erst in der Zukunft verwirklichen kann. Er ergreift das Vermögen, welches seinen Gegenstand bildet, erst dann, wenn dasselbe eine „Erbschaft" geworden ist.[1]) Die Gebundenheit des durch Erbvertrag über seinen Nachlaß Verfügenden, äußert sich nur darin, daß er keine abändernde letztwillige Verordnung treffen darf.[2])

Altes Kulmisches Recht[3]) Buch IV Art. XXII. „Von gobe vnd von teylunge gegebenes gutes der mutir vnd yrme Kynde. Gebit vnd

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 183: „— Die Freiheit durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden über sein Vermögen zu verfügen, wird durch den Erbvertrag nicht aufgehoben. Der Erbvertrag gibt dem Vertragserben kein Recht auf das Vermögen des Erblassers, sondern nur ein Erbrecht auf seine Verlassenschaft." Es ist daher eine ganz unrichtige Auffassung der älteren Doctrin, wenn S. Stryk, tract. de succ. ab int. Diss. VIII cap. 5 § 24 sagt: Effectus pacti talis est, quod haec conventio jus reale hereditarium anomalum praesenti alteri in bonis alterius constituat, vi cujus jus succedendi recta sine traditione in eventum mortis transit. Quod jus reale et bona promittentis afficit, ita ut alienationem eorum impediat.

Beseler Th. II B. 1 S. 246 ff., S. 257 ff. Hartmann S. 57 f.

[2]) Hommel, Rhaps. VI obs. 708: Pacta successoria adimunt quidem testamenti factionem, non autem alienationes inter vivos, quia in se continent tacitam clausulam: si aliquid post mortem meam superfuerit. Unde nimis dura, nec ullo modo ferenda opinio Bergeri in Oec. jur. Lib. 1 tit. 3 th. 14 n. 9, ubi ait parentes liberis invitis de non alienandis bonis satisdare cogi. Certe in Saxonia Electorali certum est omnia pacta successoria, etsi ultimas voluntates tollant, tamen non adimere inter vivos alienandi facultatem. Decis 13 d. a. 1746.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Oldenburg vom 19. December 1848: Daß ein Erbeinsetzungsvertrag nur ein Recht giebt auf einen künftigen Nachlaß, bedarf keiner weiteren Ausführung, so wenig als daß der Erblasser dadurch in seinem Veräußerungsrechte unter Lebenden an sich nicht beschränkt wird, sofern eine solche Beschränkung in dem Erbeinsetzungsvertrag nicht selbst Grund findet... Das Verfügungsrecht unter Lebenden ist nur dadurch beschränkt, daß eine solche Disposition nicht in der Absicht dem Vertragsberechtigten zu schaden (in fraudem pacti) vorgenommen werden darf; denn der Erbeinsetzungsvertrag verlangt wie jeder Vertrag die Berücksichtigung der bona fides, der nichts so sehr zuwider ist, als die Handlungsweise eines Contrahenten, wodurch er dem ursprünglichen Zweck des Geschäfts, id quod actum est, völlig entgegen tritt. Sie giebt zwar vor dem Tode des Erbrechts kein Klagrecht, aber wohl das Recht einer Protestation, um diejenigen, welchen der Erblasser in solcher böslichen Absicht gegen den Vertragserben sein Vermögen zuwenden will, von dem Stand der Sache in Kenntniß zu setzen und sich für eine spätere Klage den Beweis des dolus zu sichern. (Seuffert, Archiv XVII Nr. 264.)

[3]) herausgegeben von C. K. Leman (Berlin, 1838).

vorreicht eyn burger vor richter vnd vor scheppen in gehegetem dynge syme wybe vnd synen kyndyrn alle syn gut vnd erbe noch syme tode tzu tune vnd tzu lasene. Dy wile her abir lebit. das her selbir domytte wil tun vnd losen. Vnd was denne der burger noch syme tode gutes vnd erbes gelossen hot. das sal dy mutir vnd dy kynder gelich teyln noch personen tzal." [1]

Chursächsische Decision von 1746 Nr. XIII. „Wenn durch eine Ehestiftung, so in vim pacti errichtet, oder andere Pacta jemand seinem Ehegatten oder einem andern, sein Vermögen auf den Todesfall zuzuwenden, sich verbunden, kann er dem zuwider ein Testament oder letzten Willen oder auch Donationem mortis causa nicht aufrichten, noch darinnen von solchem Pacto wieder abgehen. Hingegen ist ihm unbenommen, noch bei Lebenszeit über sein Vermögen, insoweit er dessen sonst befugt, inter vivos zu disponiren, auch insonderheit unbewegliche Güter zu veräußern oder zu verpfänden, es wäre denn, daß er sich dessen ausdrücklich begeben, und so viel die unbeweglichen Güter betrifft, das Pactum bey denen Gerichten, wohin die unbeweglichen Grundstücken gehören, confirmiren, auch den Inhalt desselben in die Gerichts- und Consens-Bücher eintragen und annotiren; bey Capitalien und aussenstehenden Forderungen aber dem Debitori davon gerichtliche Notification thun lassen, inmaaßen außer obigem Fall, ingleichen wegen des übrigen Vermögens die Pacta dotalia und successoria, ob auch gleich die würkliche Prästation auf den Todesfall ausgesetzt worden wäre, die freye Disposition inter vivos nochmals nicht hindern, sondern dergleichen Versprechen nur von dem Vermögen, so nach dem Todesfall vorhanden seyn möchte, verstanden werden sollen."

Bambergsches Land-Recht von 1769 Th. I Cap. 1 Tit. 2 § 6. „Bey Leb-Zeiten beeder Ehe-Leuten hat — jeder Theil ungeachtet des vorhandenen Erb-Vertrags über sein Vermögen die nemliche freye Hand, wie er sie ohne Eingehung dergleichen Gedings oder Vertrags nach Gemeinen Rechten gehabt haben würde; Also besorget der Ehe-Mann sein Vermögen, beziehet von dem Weiblichen Heyraths-Gut den Nutzen, und machet sich alle Eheliche Errungenschaft eigen; Ingleichen hat auch das Weib Fug und Macht, ausser dem Heyraths-Gut ihr übriges Vermögen ohngehindert des Manns zu besorgen, wie ihr nützlich zu seyn bedunken wird —."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1252. „Ein selbst den öffentlichen Büchern einverleibter Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, mit seinem Vermögen, so lange er lebt, nach Belieben zu schalten. Das Recht, welches daraus entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere

[1] Einen Fall anderer Art behandelt Art. XV ebendas. „Gebit eyn man vnd vorreicht in gehegetem dynge vor den scheppen eyme andirn manne eyn erbe noch syme tode ane vndirscheit also das her ym keyne gewalt beheldet an deme erbe tzu tune vnd tzu lasene. dywile her lebit. so mag her dy gobe nicht gewandiln noch entvremden noch entfuren deme, dem her dy gobe sundir vndirscheit noch syme tode gegebin hot. v. r. w."

übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden." [1])

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2548. „Des Erbvertrages ungeachtet behält der Erblasser das Recht der freien Verfügung unter den Lebenden. Ein Verzicht auf dieses Recht ist nur gültig, wenn er in einem Erbvertrage erklärt und in dem ersteren Falle, sowie bei hypothekarischen Forderungen, im Grund- und Hypothekenbuche eingetragen, bei anderen Forderungen aber der Schuldner davon gerichtlich benachrichtigt worden ist." [2])

9. Es fragt sich, ob diese freie Verfügungsbefugniß unter Lebenden auch bei dem Vermächtnißvertrage anzunehmen ist.

Bluntschli, Erläut. IV S. 181 f. bejaht dies, indem er sagt:

> Der Erblasser ist nicht gehindert, durch Rechtsgeschäfte unter Lebenden beliebig über die vermachte Sache zu verfügen, oder dieselbe aufzuzehren. Auch der vertragsmäßig Bedachte hat bei Lebzeiten des Erblassers noch kein wirkliches Recht auf die vermachte Sache, er hat nur eine erbrechtliche Anwartschaft. Sein Recht wird nur unter der Voraussetzung wirksam, daß er den Tod des Erblassers erlebt und die Verlassenschaft geeignet und verbunden ist, das Vermächtniß zu tragen. [3])

Mit Recht bemerkt jedoch Hartmann S. 80 f. dagegen:

> Ist der vermachte Gegenstand vom Erblasser inter vivos veräußert worden, so kann die Gültigkeit dieser Veräußerung selbst zweifellos durch den Verzicht auf die Testirfreiheit nicht beeinträchtigt werden, wohl aber der Rechtsbestand der Ademtion, welche stillschweigend damit erklärt ist... Die Analogie des Universalerbvertrages trifft deshalb nicht zu, weil dort der Erblasser nur durch Verminderung seines eigenen Vermögens, also mit eigenem Nachtheil dem künftigen Erben zu schaden vermag, während er hier durch einen vortheilhaften Verkauf der res legata sich sogar bereichern könnte. In der That wäre der Verzicht auf die testamenti factio in der Anwendung auf Vermächtnisse ganz nutzlos, wenn eine beliebige Veräußerung ihres Objectes sie doch aufhöbe. — Die Folge von dem Fortbestehen des Legates trotz der Gültigkeit der Veräußerung ist nun keine andere, als daß der Onerirte demnächst die

---

[1]) In Betreff des ersteren Satzes vergl. Beseler S. 250 f. Unger § 26 Note 16.

[2]) Der Großh. Hessische Entw. Buch II Art. 544, 545 enthält die Vorschrift: „Der Erbvertrag hindert den Ehegatten nicht, über sein Vermögen unter Lebenden zu verfügen —." „Der durch Erbvertrag zur Erbschaft berufene Ehegatte... kann Veräußerungen, welche (von dem Andern) erweislich zur Beeinträchtigung seines Erbrechts von demselben vorgenommen worden sind, binnen fünf Jahren, vom Tage der Veräußerung angerechnet, als ungültig anfechten."

[3]) Gleicher Ansicht ist Walter, System § 433 zu III.

Sache wieder ankaufen, oder doch, wo dies als zu unbillig für ihn erscheinen würde, den Taxwerth zahlen muß. Der Legatar hat darauf eine persönliche Klage ganz wie wenn der Erblasser von vornherein wissentlich eine fremde Sache vermacht hätte.[1])

10. Ueber die Frage, in wie weit der durch Erbvertrag über seinen Nachlaß Verfügende zu Schenkungen unter Lebenden berechtigt sei, bestimmt:

das Bambergsche Land-Recht a. a. O. § 7, 8. „Jedoch hat Keines der Ehe-Leuten in solang, als der Erb-Vertrag unter ihnen aufrecht verbleibet, einige Macht oder Recht, an den dritten, wer der auch seye, und wann es auch ein nächst anverwander Bluts-Freund wäre, eine nach Umständen und des Orts-Gewohnheit übermäßige Schankung ohne Bewilligung des andern Ehe-Gattens zu machen, oder auch solches unter dem äusserlichen Schein eines anderen Handels oder Contracts zu thuen. Gestalten ansonsten, und wann der andere Ehe-Consort, zu dessen Nachtheil die Schankung geschehen, bey dem Erb-Vertrag verbleiben wolte (wovon unten § 13 ein Mehreres zu ersehen) derselbe allerdings befugt seyn solle, dergleichen ungebührliche Schankungen nicht nur nach Absterben des Erblassers zu wiederruffen, sondern auch annoch bey dessen Leb-Zeiten zu begehren, daß wegen dereinstiger Wiedererstattung des Verschenkten von dessen Empfanger und seinen Erben Sicherheit eingeleget, oder das verschenkte Gut in die Händ des Verschenkers zuruck gelieferet werde."

Die gemeinrechtliche Doctrin ist zu einem solchen festen Rechtssatze nicht gelangt.[2])

---

[1]) Die ältere Doctrin erklärte die Veräußerung selbst für ungültig. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 11 § 1 Nr. 6: Circa effectus ist der Unterschied zwischen Pactis successoriis universalibus et particularibus zu merken. Aus diesen letzteren erlangt Successor pactitius nicht nur circa Compaciscentem und seine Erben ein jus personale, damit das Pactum von ihnen erfüllet werde, sondern auch reale, kraft dessen er sogar noch in Lebzeiten des Erblassers, geschweigens nach dessen Tod, die Alienationem rei in Pactum deductae hindern, und falls sie schon in andere Hand gekommen ist, solche, a tertio quocunque Possessore vindiciren, sohin in allen dahin einschlagenden Sachen pro Interesse suo et jure ex Pacto quaesito interveniren kann. Kurz de Pactis successoriis § 16. Stryk, de Success. diss. 8 cap. 7 § 30, 31, 49.

[2]) Ebensowenig die Praxis. Ein Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 12. Febr. 1839 (bestätigt durch Bescheid des O.-A.-G. daselbst vom 1. November 1839) spricht aus, daß nach geschlossenem Erbvertrage ein Paciscent remuneratorische Schenkungen machen dürfe, „vorausgesetzt, daß dabei ein vernünftiges Maß nicht überschritten werde." (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. 1 S. 168.)

Beseler II. 1 S. 260 f.: Man muß festhalten, daß das Geschäft, welches einer vertragsmäßigen Erbeseinsetzung zum Grunde liegt, der Vertrag ist, dessen innerste Natur jetzt allgemein die Berücksichtigung der bona fides verlangt. Nichts ist aber doch so sehr dem guten Glauben zuwider, als die Handlungsweise eines Contrahenten, wodurch er dem ursprünglichen Zweck des Geschäftes, dem id, quod actum est, entgegen tritt, und wenn auch indirect den beabsichtigten Erfolg einseitig aufhebt. Daraus folgt, daß der im Vertrage eingesetzte Erbe jede Verfügung des Erblassers anfechten kann oder nicht anzuerkennen braucht, welche darauf ausging, ihn in dem eingeräumten Rechte zu beeinträchtigen: denn das wäre dolus. Jede Verfügung also, bei der der Erblasser in dolo war, und namentlich jede Schenkung, die hauptsächlich in der Absicht geschah, dem Vertragserben einen Vortheil zu entziehen, wenn auch nebenbei der Beschenkte dadurch begünstigt werden sollte, — ist unstatthaft und widerrechtlich. Wann aber ein solcher dolus vorliege, muß im einzelnen Fall nach den Umständen entschieden werden. Die Schenkung des ganzen Vermögens ist unbedingt zu verwerfen, denn hier zeigt sich ein fast directer Angriff auf das Recht des Vertragserben, in andern Fällen wird man auf den Zustand des Vermögens zur Zeit der Schenkung, auf das Verhältniß zwischen Schenker und Beschenktem, auf die successive Wiederholung solcher Freigebigkeiten, auf das Bemühen, sie etwa zu verheimlichen oder zu verstecken u. dgl. zu sehen haben.[1])

Bluntschli, deutsches Privatr. (3. Aufl.) § 241: — Der Vertragserbe kann eine Veräußerung, die der Erblasser bei Lebzeiten vornimmt, nicht anfechten, sogar nicht eine Schenkung bei Lebzeiten, es wäre denn, daß die Form des Geschäfts unter Lebenden lediglich mißbraucht würde, um darin eine letztwillige Verfügung zu verbergen. Aber auch eine solche kann erst nach dem Tode des Erblassers mit Erfolg angefochten werden, weil erst dann die Anwendung des Erbvertrages entschieden wird. Bei Lebzeiten des Erblassers kann der Vertragserbe nur Protest einlegen und nöthigenfalls Sicherungsmaßregeln fordern.

Die betreffende Vorschrift unseres Landrechts (§ 625), die sich im gedruckten Entwurfe noch nicht fand, ist erst späterhin auf den Vorschlag einiger Monenten hinzugefügt worden.[2]) Die (in der Note 2

[1]) Vergl. dagegen Hartmann S. 57 f.

[2]) Suarez bemerkt hierüber in der revisio monitorum:

Einige Monenten wollen hier solche dispositiones inter vivos, welche dem Inhalte des Erbvertrages entgegen sind, besonders Schenkungen und andere Veräußerungen ausnehmen, welche in der Absicht geschehen, den Erbvertrag zu eludiren. Allein diese Ausnahme hat m. v. keinen Grund. Der Erbvertrag hat, seiner Natur nach, bloß den künftigen Nachlaß zum Objekt, und es liegt darin nichts, was die Disposition inter vivos einschränken könnte. Ueberdem müßten die Erbverträge wenigstens öffentlich verlautbart werden, wenn sie dem tertio, welcher mit den Paciscenten bona fide kontrahirt, entgegenstehen sollten. Alles, was man in favorem des heredis pactitii annehmen könnte, wäre,

mitgetheilten) Materialien ergeben aber durchaus nicht, wie die Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 216) und mit ihnen Bornemann a. a. O. annehmen, daß das im § 625 gedachte Widerrufsrecht dem Vertragserben noch bei Lebzeiten des Schenkers zustehe. Auch spricht die Wortfassung des § ganz entschieden dagegen,[1]) vor Allem aber der Umstand, daß der Widerruf einer übermäßigen Schenkung die Ausübung eines Vermögensrechtes enthält, ein solches aber der Vertragserbe (der sich überdieß in dieser Eigenschaft vor der Eröffnung des Erbvertrages gar nicht zu legitimiren vermöchte) erst mit dem Tode des andern Kontrahenten überkommt.

11. Eine dem § 626 entsprechende Bestimmung enthält das Bamberg'sche Land-Recht a. a. O.

§ 9. „Würde es nun mit einem aus denen Ehe-Gatten gar zu einer förmlichen Verschwendung gelangen, so kommt dem anderen die Macht zu, vor Gericht darauf anzutragen, damit in dem Weg Rechtens verfahren, der Verschwender offentlich für einen solchen erkläret, folglich ein Gütter-Verwalter für ihn aufgestellet, oder auch sonsten nach Befund der Umständen eine hinlängliche Vorsehung gethan werde, damit der andere hieran unschuldige Ehe-Gatt an seinem Erbfolgs Recht, wann er dabey beharren will, auf künftigen Fall unverkürzt verbleibe.“ [2])

---

daß er die Schenkungen des Erblassers, welche dieser wegen Uebermaaßes zu widerrufen berechtigt gewesen sein würde, widerrufen könne, wenngleich dieser seinen animum revocandi nicht, sondern vielmehr das contrarium erklärt hätte.

Es wurde nun konkludirt:

Ausnahmen wegen der Schenkungen finden nicht statt;
es steht jedem Kontrahenten frei, ihre Dispositionen inter vivos einzuschränken;
der successor pactitius kann pro prodigo erklären lassen;
der heres pactitius kann donationes immodicas revociren.

(Bornemann VI S. 142 f.)

[1]) Es ist in dieser Hinsicht auf die vollkommen zutreffenden Bemerkungen Göppert's in seiner Schrift „Beiträge zur Lehre vom Miteigenthum" (Halle, 1864) S. 7 Note 1 zu verweisen.

[2]) Nach Sächsischem Recht gilt dies nicht. Siebenhaar, Com. III S. 385: In der Gestalt, welche das vertragsmäßige Erbrecht nach § 2548 des Sächs. bürg. G.-B. hat, kann dasselbe auch dem Vertragserben nicht ein besonderes Recht geben, seinen künftigen Vertragserblasser wegen Verschwendung unter cura status stellen zu lassen. Dagegen versteht es sich von selbst, daß die Allen zustehende Befugniß, der Vormundschaftsbehörde von dem verschwenderischen Lebenswandel einer Person Anzeige zu machen und dadurch die

In wiefern letztwillige Verordnungen dagegen Statt finden.

§ 627. «Letztwillige Verordnungen finden gegen den Inhalt eines Erbvertrages nicht Statt.»

§ 628. «Doch kann der Erblasser Vermächtnisse bis auf den zwanzigsten Theil seines Nachlasses errichten, wenn er nicht auch dieser Befugniß sich im Vertrage ausdrücklich begeben hat.»

§ 629. «Ist der Erbvertrag nur über einen bestimmten Theil des Nachlasses errichtet, so fällt das übrige Vermögen dem ernannten Testaments-, oder in dessen Ermangelung, dem gesetzlichen Erben anheim.»

§ 630. «Ist in dem Erbvertrage die letztwillige Verfügung über eine gewisse Sache oder Summe vorbehalten; so finden deshalb, wenn keine Verfügung getroffen ist, die Verordnungen des eilften Titels § 1087, 1088 Anwendung.»

12. So wenig das durch einen Erbvertrag begründete Recht nach der Natur desselben einem unmittelbaren Widerrufe unterliegt, so wenig darf dasselbe mittelbar durch nachträgliche letztwillige Verfügungen vereitelt oder geschmälert werden.

C. W. Paetz, commentat. de success. universali etc. Sect. I § 9: Id mihi esse videtur pactum successionis futurae universale, quo alicui successio in omnia, quae tempore mortis alterius paciscentis aderunt, bona, cujuscunque generis sint, ita promittuntur, ut

---

Anlegung einer cura prodigi zu veranlassen, auch dem Vertragserben gegenüber dem Vertragserblasser zusteht.

Nach dem letzteren Gesichtspunkte verliert die Vorschrift unseres § 626 alle Bedeutung.

So sagt auch Hartmann S. 59 f.: Die Obrigkeit hat ex officio dafür zu sorgen, daß den einer Vormundschaft bedürftigen Personen, wohin auch eben die, welche unsinnig verschwenden, gehören, eine solche wirklich bestellt werde. Und von dem Falle eines Bedürfnisses die Obrigkeit in Kenntniß zu setzen, das ist eine natürliche Befugniß Aller, also auch derer, welche aus irgend einem Grunde Hoffnung auf die Erbschaft des zu Bevormundenden sich machen dürfen. Wird nun wegen toller Verschwendungssucht Jemandem ein Curator gesetzt, so liegt darin zugleich die Entziehung der Dispositionsfreiheit. Von einem besonderen Rechte des Vertragserben, diese Entziehung zu verlangen, sollte man demnach lieber nicht sprechen.

Der Großh. Hessische Entw. Art. 545 hat jedoch gleichfalls eine solche Bestimmung aufgenommen.

hoc ipsum jus successionis ex pacto alteri competens nullo modo ipsi possit adimi, h. e., ut nec testamento nec pacto secundo de re singula sive de bonorum universitate mortis causa queat disponi.[1])

Württemberg. Land-Recht Th. III Tit. 8 § 1 (s. oben S. 327 f.).

Chursächsische Decision von 1746 Nr. XIII (s. oben S. 350).

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 11 § 1. „— 11mo Kann zur Präjudiz und zum Abbruche des getroffenen Pacti Sucessorii ohne Einstimmung aller Paciscenten einseitiger Weise nichts mehr verfügt, viel weniger solches wiederum gänzlich aufgehoben werden ...“

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2542. „Wer durch Vertrag einem Anderen ein Erbrecht oder ein Vermächtniß oder eine Anwartschaft

---

[1]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden von 1837: Nach dem Princip „pacta sunt servanda“ muß man bei Erbverträgen, abweichend von der Testaments-Erbfolge, behaupten: 1. daß Erbverträge unwiderruflich; 2. daß der Erblasser Todeswegen über sein Vermögen auf eine vom Erbvertrag sich entfernende Weise nur, dafern er es sich ausdrücklich vorbehielt, verfügen kann... (Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächs. Rechts S. 637 Nr. 11.)

Dagegen lehrt C. S. Zachariae quaest. 17: De pactis successoriis tenendum: quaecunque de jure testamentorum valeant, ea ad illa pacta transferenda, exceptis praeceptis, quae de forma externa et jure revocandi legibus continentur ... Itaque legandi libertas pacto illo haud restringitur, nisi conventionis verba, vel lex specialis obstent.

Fein, Fortsetzung des Glück'schen Com. B. 44 S. 197 f. spricht sich über das Verhältniß der Codicille zu der vertragsmäßigen Erbfolge dahin aus: Trennen wir hier zuvörderst die vormundschaftlichen und die vermögensrechtlichen Anordnungen, so kann darüber kein Zweifel sein, daß der Erblasser auch neben der vertragsmäßigen Erbfolge in einem Codicille gültige vormundschaftliche Anordnungen treffen kann, indem er dadurch das Recht des Vertragserben auf keine Weise verletzt, da der Letztere, wie jeder andere Erbe, nur ein Repräsentant der vermögensrechtlichen Persönlichkeit des Erblassers wird. Die Zulässigkeit der vermögensrechtlichen Anordnungen dagegen hängt von der Vorfrage ab: ob dem Vertragserben überhaupt Vermächtnisse auferlegt werden können? Daß dies bei dem Abschlusse des Erbvertrages selbst gültig geschehen kann, darüber herrscht unter den neueren Germanisten völlige Einstimmigkeit. In consequenter Entwickelung dieser Ansicht muß es aber auch dem Erblasser erlaubt sein, sich das Recht zu Codicillarverfügungen in dem Erbvertrage selbst vorzubehalten. Ist aber keines von beiden geschehen, so kann ihm das Recht, Codicille zu errichten, nicht beigelegt werden. Denn nach der richtigeren Ansicht unterscheidet sich das Recht des Vertragserben von dem des testamentarischen nicht bloß durch seine Unwiderruflichkeit, sondern auch dadurch, daß der Erblasser keine letztwillige Anordnungen weiter treffen darf, wodurch der Werth der Erbschaft für den Vertragserben vermindert werden würde. Wir können demnach den einfachen Grundsatz aufstellen: der Erblasser kann auch für die vertragsmäßige Erbfolge Codicille errichten, so weit dadurch das Recht des Vertragserben nicht verletzt wird.

zusichert, darf dem Berechtigten das zugesicherte Recht weder durch späteren letzten Willen noch durch späteren Erbvertrag entziehen. Insbesondere können einem Vertragserben nach dem Erbvertrage nicht einseitig vom Erblasser noch Vermächtnisse oder Anwartschaften auferlegt werden."

Privatr. Gesetzb. für den K. Zürich § 2129. „Der Vertragserbe sowohl als der vertragsmäßig mit einem Vermächtniß Bedachte haben gegenüber dem Erblasser ein Recht, daß derselbe nicht durch anderweitige Verordnungen auf den Todesfall hin ihnen das zugesicherte Erbrecht oder Vermächtniß entziehe oder schmälere."[1])

Zu den hiernach dem Vertragserblasser nicht gestatteten letztwilligen Verfügungen gehören auch die Schenkungen auf den Todesfall,[2]) da sie, sofern ein Widerruf bei Lebzeiten des Schenkers nicht erfolgt, den Vermächtnissen gleichstehen.

13. Der in dem Erbvertrage liegende Verzicht auf die Testirfreiheit kann natürlich nicht weiter reichen, als der Inhalt des Vertrages es mit sich bringt. Umfaßt derselbe nur einen Theil des künftigen Nachlasses, so bleibt der Ueberrest von dem Erbvertrage ganz unberührt und daher nicht allein der freien Verfügung des Vertragserblassers wie unter Lebenden, so auch von Todeswegen,[3]) sondern auch, wenn eine letztwillige Verfügung nicht getroffen wird, der gesetzlichen Erbfolge unterworfen.[4]) Weder in der einen noch in der andern Hinsicht steht ein

---

[1]) Vergl. Code civ. art. 1083. „La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement."

[2]) Beseler (II. 1 S. 261 f.), der übrigens nicht bezweifelt, daß der § 627 unseres Landrechts auch die donatio mortis causa begreift, will die Schenkung auf den Todesfall, da sie im Gegensatz zum Vermächtniß unabhängig von der Beerbung aus dem Nachlaß herausgehe, in einer solchen Zuwendung also kein direkter Angriff gegen das vertragsmäßig bestellte Erbrecht liege, unter demselben Gesichtspunkt wie die Schenkung unter Lebenden betrachtet wissen. Er muß aber zugeben, daß er die, auch in den Particulargesetzen zur Geltung gekommene communis opinio gegen sich habe. Vergl. Hartmann S. 56 f.

In Betreff des Preuß. Rechts s. Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 217 und Bornemann VI S. 143 f.

[3]) Nassau-Catzenelnbogische Land-Ord. von 1616 Th. IV Cap. 6 § 4. „Was aber andere Güter, so da nicht in die Eheberedung mitgezogen, belangen thut, So sol dem einen oder andern Ehegemecht, uff rechtmessige wege, sowol von dem eigenthumb, als usufructu, zu testiren ohnbenommen seyn —."

[4]) Es kann daher in diesem Falle von einem zu Gunsten des Vertragserben eintretenden Accrescenzrechte nicht die Rede sein. Schwarze und Heyne, Untersuchungen praktisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des

rechtliches Hinderniß entgegen, da bei uns so wenig der Rechtssatz gilt: nemo cum pluribus testamentis decedere potest, noch auch das römische Grundprinzip: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest.[1])

Württemberg. Land-Recht Th. III Tit. 8 § 3. „Es sollen auch solche Eheberedungen . . . es seye darinn allein wegen vererbung der Heyrathgüter, oder alles ihres übrigen Vermögens (dessen sie sonsten

---

im K. Sachsen geltenden Rechtes S. 36: Bei Erbverträgen kann das Accrescenzrecht nicht stattfinden. Das Recht des Vertragserben ruht auf dem Vertrage; er hat nicht mehr Rechte auf den Nachlaß, als der Vertrag ihm gewährt. Die vacante Portion fällt an den Erblasser, oder dessen Intestaterben zurück; die Verbindlichkeit des Promittenten hat sich gelöst.

[1]) Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 346—349: Es fragt sich, ob eine Disposition theilweise durch Testament und theilweise durch Erbvertrag so erfolgen könne, daß Testaments- und Vertragserbe als directe Universalerben neben einander succediren. Diese Frage ist zu bejahen . . . Wenn der Erblasser zuerst ein Testament errichtet, darauf aber einen wahren Beerbungsvertrag, jedoch ausdrücklich nur über einen Theil seines Vermögens eingeht, so kann der Vertragserbe auch bloß in Beziehung auf diesen Theil die Rechte eines directen Erben haben, dem Testamentserben verbleiben mithin für den übrigen Theil seine Rechte aus dem Testamente, das ja nur theilweise aufgehoben wurde. Wenn umgekehrt der über einen Theil der Erbschaft geschlossene Erbvertrag früher ist, als das Testament, so kann durch dieses dem Vertragserben von seinem Rechte nichts entzogen werden; da aber der Erblasser über den Theil, welchen der Vertragserbe nicht in Anspruch nehmen darf, seine volle Verfügungsfreiheit behält, so muß ihm in Ansehung desselben auch directe Erbeinsetzung möglich sein. Solche Anomalien waren unvermeidlich, wenn einmal zwei Rechtsinstitute von so durchaus verschiedenem Charakter, wie Testament und Erbvertrag, neben einander bestehen sollten.

Beseler (II. 1 S. 279), welcher der vorstehenden Erörterung beipflichtet, bemerkt über das Verhältniß zwischen der vertragsmäßigen und der gesetzlichen Erbfolge: Wäre jene Regel: Nemo pro parte etc. noch recht lebendig im Bewußtseyn unserer Juristen, und hegte man über ihre Anwendbarkeit und Geltung keine Zweifel; so würde man wohl aus der innern Aehnlichkeit des Testaments und des Erbeinsetzungsvertrags auch hier von jenem auf diesen einen Schluß machen können, so daß die vertragsmäßige Erbfolge eben so gut wie die testamentarische der gesetzlichen feindlich entgegenträte und sie ausschlösse. Aber auch diese Ansicht finde ich nirgends ausgesprochen, und sie konnte auch nicht wohl aufkommen bei der Ungunst, womit man jenen Grundsatz in unserer Jurisprudenz anzusehen pflegte. Es ist daher anzunehmen, daß die vertragsmäßige und gesetzliche Erbfolge neben einander bestehen können.

Vergl. Buddeus in Weiske's Rechtslex. IV S. 41. Heimbach, ebendas. X S. 950 f.

nach Ordnung Rechtens mächtig) vergleichung geschehen ... nicht weniger dann ordentlich auffgerichte Testamente kräfftig seyn ..." [1])

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 534. „Die erwähnten drei Arten des Erbrechtes können auch neben einander bestehen, so, daß einem Erben ein in Beziehung auf das Ganze bestimmter Theil aus dem letzten Willen, dem anderen aus dem Vertrage, und einem Dritten aus dem Gesetze gebührt." [2])

Privatr. Gesetzb. für den K. Zürich § 2125. „Es ist zuläßig, daß ein Vertragserbe neben und mit gesetzlichen und Testamentserben die Erbschaft übernehme."

Bei einem nur auf einen Theil des Nachlasses gerichteten Erbvertrage kann man hiernach nicht von einem bloßen Vorbehalte sprechen. Es läßt sich nicht sagen, jene Beschränkung des Rechts des Vertragserben falle weg, sein Recht werde also ein unbeschränktes, wenn der Erblasser von der vorbehaltenen Testirfreiheit in Betreff des übrigen Theiles seines Nachlasses keinen Gebrauch gemacht habe. Der im § 630 vorgesehene Fall liegt gar nicht vor, wenn der Erbvertrag von vornherein nur einen Theil des Nachlasses zum Gegenstande hat.

Erstreckt sich nun aber auch der Erbvertrag auf den ganzen künftigen Nachlaß, so kommt doch das Gesetz dem Erblasser mit der Rechtsvermuthung zu Hülfe, daß er sich die Befugniß vorbehalten habe, „Vermächtnisse bis auf den zwanzigsten Theil seines Nachlasses zu errichten," [3]) „weil es — wie in der revisio monitorum zum unge-

---

[1]) Reyscher, Com. III § 597: Es bedarf zum Begriff des Erbvertrags nicht, daß über den gesammten Nachlaß verfügt werde; schon die Verfügung über einen Theil des Nachlasses des einen oder andern Ehegatten — gehört hierher.

[2]) Beseler a. a. O. S. 280 bemerkt mit Bezug auf diese Vorschrift: Darf man noch weiter gehen, und sagen, alle drei Delationsgründe können neben einander Platz finden? Hier befinden wir uns nicht mehr allein auf dem Gebiete des Erbvertrags, sondern es treten auch die testamentarische und gesetzliche Erbfolge unter sich in Concurrenz; wenn nun der Erbvertrag sich mit beiden wohl vertragen kann, so bekämpfen sie sich gegenseitig, ohne daß man jenem die Rolle des Vermittlers zuweisen könnte. Weil dann aber das Testament siegt, und den übrigen Nachlaß an sich zieht, so müssen wir auch für den angeführten Fall die Regel aufstellen: Wenn über den Vermögenstheil, der nicht im Erbvertrage begriffen ist, auch das Testament nicht ganz verfügt hat, so accrescirt der Rest dem Testamentserben, und die Intestaterbfolge ist ausgeschlossen. — Wer aber jetzt den Satz: Nemo pro parte überhaupt nicht mehr für gültig hält, der muß allerdings zu einer Entscheidung kommen, wie sie im österreichischen Gesetzbuch ausgesprochen ist.

[3]) Ueber die Anwendung dieser Vorschrift auf wechselseitige Erbverträge, worin dem Ueberlebenden als Fiduciarerben die Herausgabe der Erbschaft an einen Dritten auferlegt ist, vergl. das Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 30. Oktober 1863 (Entsch. B. 50 S. 162 f.).

druckten Entwurf bemerkt wird — doch zu hart wäre, wenn der durch einen Vertrag gebundene Erblasser nicht einmal seinen guten Freunden ein Andenken, und denjenigen, die ihm in seiner letzten Krankheit beistehen, eine Belohnung zuwenden könnte.[1])

Viel weiter geht das Oesterr. bürgerl. Gesetzb., welches verordnet:

§ 1253. „Durch den Erbvertrag kann ein Ehegatte auf das Recht zu testiren, nicht gänzlich Verzicht thun. Ein reiner Viertheil, worauf weder der Jemanden gebührende Pflichttheil, noch eine andere Schuld haften darf, bleibt kraft des Gesetzes zur freien letzten Anordnung immer vorbehalten. Hat der Erblasser darüber nicht verfüget, so fällt er doch nicht dem Vertragserben, obschon die ganze Verlassenschaft versprochen worden wäre, sondern den gesetzlichen Erben zu.“ [2])

Es ist hier nicht eine die Willensauslegung betreffende Rechtsvermuthung — also nur ein subsidiär geltendes Gesetz — sondern ein der Willensfreiheit des Vertragserblassers entgegentretendes (absolutes) Verbotsgesetz gegeben. Ein solches erscheint aber in keiner Hinsicht gerechtfertigt.

14. Mit dem Falle einer bloß theilweisen Verfügung über den künftigen Nachlaß ist, wie schon oben angedeutet, der im § 630 vorgesehene Fall des Vorbehaltes der letztwilligen Verfügung über eine gewisse Sache oder Summe nicht zu verwechseln.

Schon die älteren Partikularrechte gedenken eines solchen Vorbehaltes bei der Schenkung des ganzen Vermögens.

Württemberg. Land-Recht von 1610 Th. II Tit. 18 § 6. „Da jemand alle seine Haab und Güter, Ligends und Fahrends, Gegenwärtigs und Künfftigs, so er noch überkommen möchte, verschenkt, eine solche Schenkung ist nicht kräfftig. So aber einer ihme etwas vorbehalten, darinn er testiren möchte, ist die Donation seines gantzen überigen Vermögens für beständig zu halten.“ [3])

---

[1]) Bornemann VI S. 143.

[2]) Unger § 26 Note 17.

[3]) Griesinger, Com. IV S. 1004: Nach dem Röm. Rechte kann einer ohne Anstand sein ganzes Vermögen, sowohl sein gegenwärtiges als zukünftiges, verschenken. Da aber die ältere Praxis insgemein das Gegentheil behauptete, und auch aus diesem Grunde nicht unbilligerweise zu behaupten schien, weil theils der Vortheil des Schenkers selbst, theils der Erben desselben ihre Behauptung begünstigte, so schlich sich diese theoretisch unrichtige, aber wenigstens nicht unbillige Meinung der älteren Pragmatiker auch in unser Landrecht ein. Der Wirtembergische Gesetzgeber folgte auch hierin, wie so oft, dem Verfasser des Freiburgischen Stadtrechtes.

Beseler II. 1 S. 286 f.: Die übertriebene Aengstlichkeit der alten

Frankfurt. Reformation von 1611 Th. IV Tit. 13 § 5. „So aber der Donator nicht alle seine Güter übergeben, sondern ihme darauß ein Reservat, und Namhaffts, zuvor behalten, dasselbig aber nicht verschafft hette, und darüber verstorben were: So wöllen Wir, daß solches Reservat nicht dem Donatorio accrescirt, oder zugefallen seyn, sondern des Donatoris rechten Blutfreunden und Erben soll bleiben und folgen." [1])

Const. August. Sax. P. III constitutio 2. Unsere Verordnete seynd in dem einig, wann eine Uebergabe aufn Todesfall geschicht, und der Donator behält ihme etwas vor, darüber seinen letzten Willen zu machen, und solches erfolgt nicht, daß dieses Reservat den Bluts-Freunden und nehesten Erben des Donatoris folgen, und deme, so die anderen Güter aufn Todesfall vermacht worden, nicht accresciren und zuwachsen soll, dabey wir es auch lassen, und wollen, daß in unsern Landen darauf erkannt und gesprochen werde." [2])

Ueber die Wirkung dieses Vorbehaltes sagt Beseler a. a. O. S. 287 f.: Es entsteht hierbei die sehr wichtige Frage, wem der vorbehaltene Theil zufällt, wenn der Erblasser sich seines Rechtes, darüber zu verfügen nicht bedient hat — ob dem Vertragserben oder den gesetzlichen Erben . . . Ueber die Grundsätze, welche in diesem Fall nach gemeinem Rechte zur Anwendung kommen, sind die Juristen nicht einig. Stryke[3]) bemerkt, bei Erbeinsetzungen in Ehestiftungen pflege man oft eine bestimmte Summe oder einen bestimmten Theil der Güter frei zu halten, um darüber zu testiren. Sey dies aber nicht geschehen, so falle

---

Juristen, die Testirfreiheit des röm. Rechts nicht zu verletzen, brachte sie darauf die donatio omnium bonorum nur dann für gültig zu halten, wenn wenigstens ein Theil derselben dem Schenker zur freien Verfügung vorbehalten war (Bartolus de Saxoferrato ad L. Stipulatio hoc modo. 61 D. de V. O.). Diese Cautel ward später freilich nicht mehr für nothwendig gehalten; aber es blieb doch gewöhnlich, daß man einen solchen Vorbehalt machte, schon deswegen, um für die Zeit nach dem Vertrage nicht ganz an Freigebigkeiten gehindert zu sein. Auch bei den Erbverträgen kommen frühe solche Clauseln vor, namentlich bei den Erbverbrüderungen (Moser, teutsch. Staatsr. Th. 17 Buch 3 Kap. 85 S. 40 ff. U. Zasius, resp. et cons. Lib. II cons. 1 cap. 1 nr. II i. f.). Auch jetzt noch ist ein solcher Vorbehalt nicht ohne Wichtigkeit für den Erbeinsetzungsvertrag, weil der Erblasser dadurch in den Stand gesetzt wird, Zuwendungen, zu denen er sich erst später entschließt, auf eine viel freiere Art zu beschaffen...

[1]) Vergl. Berlich, Concl. Practicab. P. III concl. 3. Reservatum in mortis causa donatione ad quem pertineat und die hier angeführten älteren Rechtslehrer.

Schilter, Exerc. ad P. 43 § 30. Pufendorf, Obs. jur. univ. IV nr. 48.

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 2. Reservatum in donatione mortis causa ad quem pertineat?

[3]) S. Stryk. tract. de success. ab intestato. Diss. VIII cap. 5 § 20.

der Vorbehalt an die Intestaterben, ausgenommen, wenn der Vertrag de universa hereditate in modum ultimae voluntatis concipirt war: dann trete der für die Testamente geltende Grundsatz ein, womit das Accrescenzrecht gemeint ist. Pufendorf[1]) dagegen entscheidet sich für den Vertragserben[2]) . . . Um nun hier zu einem bestimmten Resultate zu kommen, ist es zuvörderst nothwendig zu unterscheiden, ob der Vorbehalt eine Quote der Erbschaft betraf oder nur eine bestimmte Summe oder einzelne Sachen. In den beiden letzten Fällen ist eigentlich dem Erblasser für die Zukunft die Befugniß eingeräumt, dem Vertragserben sein Erbrecht so zu beschränken, wie es auch sogleich bei dem Abschluß des Hauptvertrags durch die Auflage bestimmter Vermächtnisse hätte geschehen können. Denn gesetzt auch, daß über die einzelnen Sachen testirt wird, so tritt doch der heres in re certa in Concurrenz mit dem Universalsuccessor, wenigstens dem Effect nach, bloß als Vermächtnißnehmer auf. Macht nun der Erblasser gar keine Verfügung über das Reservat, so kommt der Vertragserbe dadurch in dasselbe Verhältniß, als wenn ein von Anfang an bestimmtes Vermächtniß weggefallen wäre: sein beschränktes Recht wird wieder ein unbeschränktes. — Geht aber der Vorbehalt auf die Verfügung über eine Quote der Erbschaft, so könnte man sagen, daß der Vertragserbe eigentlich nur als ein heres ex parte berufen ist, und da, wie vorher gezeigt worden, das Accrescenzrecht von ihm nicht in Anspruch genommen werden kann, so möchte es consequent erscheinen, den Intestaterben die leer gebliebene Quote zuzusprechen. Allein es ist etwas anders, ob der Vertragserbe durch ausdrückliche Beredung nur auf eine bestimmte Quote, oder ob er als heres ex asse eingesetzt ist, mit dem Vorbehalt, sich eine spätere Beschränkung seines Erbrechts auf eine Quote des Nachlasses gefallen zu lassen. Wenn der Erblasser in diesem Fall von seiner Befugniß, noch einen andern Erben neben jenen zu berufen, keinen Gebrauch gemacht hat, so handelt es sich nicht um den Zuwachs einer vacant gewordenen Erbportion; es ist vielmehr nur ein Recht, welches hätte beschränkt werden können, unbeschränkt geblieben. Die entgegenstehende Entscheidung würde davon ausgehen müssen, daß ein solcher Vorbehalt wenigstens mittelbar zu Gunsten der Intestaterben gemacht worden sey, was

---

[1]) Obj. jur. univ. IV 48.

[2]) Movebat, quod testamentum (non) subesset, sed pactum successorium, adeoque regula juris romani, neminem pro parte testatum, pro parte intestatum decedere posse, locum vix haberet. Sed in contrarium placuit, pacto successorio omnium bonorum eam summam, dispositione alia non subsecuta, contineri, nihilque eo nomine ab universis bonis decerpi.

doch nicht in der Natur des Geschäftes liegt. Denn wenn schon der Erblasser durch das Abschließen eines Erbeinsetzungsvertrags keine günstige Absicht für seine gesetzlichen Erben ausspricht, so ist man auch nicht berechtigt, eine solche aus der unterlassenen Verfügung über die freie Quote seines Nachlasses zu folgern. Es scheint daraus vielmehr hervorzugehen, daß er sie auch später nicht hat bedenken wollen, wenn er auch jenen Vorbehalt vielleicht gemacht hat, um sich die Möglichkeit dazu frei zu halten . . .

Unser Landrecht hat für den Fall, wenn der Vorbehalt eine gewisse Sache oder Summe betrifft, die Frage, wem diese in Ermangelung einer Verfügung zufalle, durch die in Bezug genommenen Vorschriften §§ 1087. 1088 [1]) Tit. 11 in angemessener Weise entschieden. Was den von Beseler gedachten zweiten Fall betrifft — den Vorbehalt der Verfügung über eine Quote der Erbschaft — so muß dieser, offenbar weiter gehende Vorbehalt nach unserem Recht gegen den Vertragserben ebenso wirken, wie jener beschränktere Vorbehalt, also bei dem Vorhandensein der im § 1088 Tit. 11 bezeichneten Verwandten den Vertragserben ausschließen. Ob aber ein solcher Ausschluß nicht überhaupt zu Gunsten aller gesetzlichen Erben eintritt, ist eine Auslegungsfrage, die sich nur nach dem Inhalte und der Fassung des Erbvertrages entscheiden läßt.

Erbrecht aus dem Erbvertrage.

§ 631. «Aus einem wechselseitigen Erbvertrage erlangt nur der Ueberlebende ein Erbrecht; und die Erben oder Nachkommen des Erstverstorbenen haben insoweit auf den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden keinen Anspruch.»

§ 632. «Ist aber in dem Vertrage die Erbfolgeordnung nicht bloß zwischen den Contrahenten, sondern auch in Ansehung ihrer Erben oder Nachkommen bestimmt: so ist eine solche Verordnung, insofern sie das eigene Vermögen der Contrahenten betrifft, nach den Regeln der fideicommissarischen Substitutionen zu beurtheilen. (Th. 2 Tit. 4 Abschn. 3.)»

15. Die Frage, ob der im Erbvertrage ernannte Erbe, welcher

---

[1]) „Hat Jemand eine rechtsgültige Schenkung seines ganzen Vermögens errichtet,

vor dem anderen Kontrahenten stirbt, das ihm zugesicherte Erbrecht auf seine Erben transmittirt, bildet den Gegenstand einer im gemeinen Rechte vielfach behandelten Kontroverse.[1])

---

sich aber die Verfügung über einen gewissen Theil oder eine gewisse Summe vorbehalten; so fallen diese, wenn der Schenkende gar keine Verfügung getroffen hat, in der Regel dem Beschenkten anheim."

„Verläßt aber der Schenkende gesetzliche Erben in auf- oder absteigender Linie, oder Geschwister, oder Geschwister-Kinder ersten Grades; so haben diese auf eine solche vorbehaltene Sache oder Summe vor dem Beschenkten vorzüglichen Anspruch."

[1]) Die ältere Doktrin, die auch noch in neuerer Zeit Anhänger gefunden hat (Glück, Com. B. 6 S. 557 f., Eichhorn, Einl. § 344, Gründler, Polemik III § 662, Dieck, in Ersch und Gruber's Encycl. Th. 40 S. 417 f.), hält die Annahme eines Transmissionsrechts durch die Vertragsnatur der Erbeinsetzung für geboten. Die Literatur dieser Meinung ist vollständig verzeichnet bei v. Bülow und Hagemann, Prakt. Erört. IV. 71 Note e und Mittermaier, Grundsätze § 403 Note 16.

Auch in der Praxis ist diese Ansicht von mehreren Gerichtshöfen ausgesprochen. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 31. August 1833: Die durch den Erbvertrag begründeten Rechte und Verbindlichkeiten gehen, wenn in demselben keine Beschränkung besonders festgesetzt ist, den allgemeinen Grundsätzen von dem Uebergange vertragsmäßiger Rechte gemäß, auf die Erben des in dem Vertrage benannten Erben über, und es kommt hierbei, obgleich die wirkliche Geltendmachung des dadurch begründeten Rechtsverhältnisses auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers hinausgeschoben ist, nicht darauf an, ob der ernannte Erbe selbst diesen Zeitpunkt erlebt habe oder nicht. (Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV S. 270.) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden: Der bei letzten Willen Anwendung findende Grundsatz, daß vor dem Tode des Testirers der Erbe kein Recht aus dem letzten Willen erlangt, folglich auch ein Recht auf seine Erben nicht übertragen kann, widerstreitet der Natur eines unwiderruflichen Erbvertrags. Bei diesem transmittirt der Vertragserbe, wenn er auch vor dem Erblasser stirbt, dennoch sein Vertragsrecht auf seine Erben. Denn auch ein Erbvertrag wird, wie in der Regel andere Verträge, zugleich für die Erben der Contrahenten eingegangen. Er enthält auf Seiten des Vertragserben das dem Erblasser gegebene Versprechen, daß er sein Erbe sein wolle, von welchem er einseitig nicht zurücktreten kann... er ertheilt zugleich aber auch das Recht, das vertragsmäßig Erworbene auf seine Erben zu übertragen. (v. Hartitzsch, Entsch. pract. Rechtsfr. Nr. 171.) Vergl. auch das von Westphal, Deutsch. Privatr. II S. 406 f. mitgetheilte Respons. der Halle'schen Jur. Fac. Die entgegengesetzte Ansicht ist jedoch als die herrschende zu bezeichnen. Ihre Hauptvertreter sind (außer Beseler) v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. IV. 71; v. Langenn und Kori, Erört. prakt. Rechtsfragen (2. Ausg. Leipz. 1850) Th. 3 S. 141—150; Schwarze und Heyne, Untersuch. praktisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des im K. Sachsen geltenden Rechts. Dresden und Leipz. 1844. (Vergl. dazu die Rezension Schmidt's in Schneider's N. Krit. Jahrb. 1844

Beseler II. 1 S. 305 f.: Bei dieser Frage ist seinem Begriffe nach der wechselseitige Erbeinsetzungsvertrag, durch welchen dem Längstlebenden die Erbschaft des Vorverstorbenen zugesichert wird, ausgeschlossen. Denn wenn die Erben des Letzteren an seine Stelle treten sollten, so würde ja eben der im Geschäft beabsichtigte Zweck vereitelt werden. — Auch der Fall kommt hier natürlich nicht in Betracht, wenn die Erben des Vertragserben ihm ausdrücklich substituirt sind, was die französische Jurisprudenz rücksichtlich der Kinder präsumirt (Code civ. art. 1082. Merlin, repert. s. v. institution contr. § 12 nr. 8, 9). Unsere Frage stellt sich also ganz bestimmt so, ob der Erbeinsetzungsvertrag durch den früheren Tod des Vertragserben erlöscht oder nicht?... Was für diese Untersuchung eigentlich die entscheidende Vorfrage abgibt, ist der Punkt, ob das genannte Geschäft mehr enthält, als einen bloßen Delationsgrund. Wenn man nun seine Wirkung darauf beschränkt, so folgt, daß daraus für den Vertragserben direct ein bloßes Hoffnungsrecht entsteht, welches zwar mehr oder weniger gesichert seyn kann, je nachdem es widerruflich ist oder nicht; welches aber doch keinen Vermögenstheil ausmacht, nicht in bonis ist, sondern eben erst durch die Delation und Antretung ins Vermögen gebracht werden soll. Wenn nun der Vertragserbe den Zeitpunkt der Delation, welches immer der Tod des Erblassers ist, nicht erlebt, so hat er auch kein Recht auf seine Erben zu übertragen, und selbst wenn er ihn erlebt, dennoch aber die Erbschaft vor seinem Tode nicht angetreten hat, so kann doch nur dann von einem Uebergang auf die Erben die Rede seyn, wenn einer der gemeinrechtlichen Transmissionsfälle, deren Geltung man auch hier nicht in Abrede stellen kann, vorliegt. Denn es ist nach dem Obigen kein Grund vorhanden, weswegen die Regel: hereditas non adita non transmittitur bei der vertragsmäßigen Erbfolge ausgeschlossen seyn sollte. Vor der Delation kann aber nie von einer Transmission die Rede seyn.

S. 994); Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 240—243 (und nach ihm Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. XI S. 533—535). Hartmann a. a. O. S. 69 f.

Auch in der Praxis hat diese Meinung Geltung erlangt. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1846: Auch bei der vertragsmäßigen Erbfolge ist zur wirklichen Erwerbung des Erbrechts der Anfall der Erbschaft, also das Ableben des Erblassers vor dem Erben nöthig nach der neueren und richtigern Meinung der Rechtslehrer. Daher kann eine Transmission auf Erben des Acquirenten, wenn vor dem Erblasser dieser stirbt, nicht eintreten. (Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächs. R. S. 638 Nr. 12.) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 10. April 1858: Die vertragsmäßige Erbeinsetzung enthält zwar einen unwiderruflichen, aber ihrer Natur nach durch die Voraussetzung des wirklichen Erbanfalls bedingten Delationsgrund des Erbrechts. Da der Anfall der Erbschaft erst mit dem Tode des Erblassers eintritt, so erlischt das Recht des Vertragserben, wenn er diesen Zeitpunkt nicht erlebt, sofern nicht nach dem ausdrücklich erklärten oder aus schlüssigen Umständen sich ergebenden Willen der Vertragspersonen, das Recht aus dem Erbvertrage auch auf die Erben des Vertragserben übergehen sollte. (Seuffert XII Nr. 171.)

Hierzu kann man nun noch den Grund hinzufügen, der in einer der Erörterungen von v. Bülow und Hagemann hervorgehoben ist, daß es nämlich regelmäßig durchaus gegen die Absicht der Parteien, namentlich des künftigen Erblassers seyn wird, einen vielleicht entfernten Intestaterben oder gar Testamentserben des vorverstorbenen Acceptanten in dessen Recht einrücken zu lassen. Man muß doch im Allgemeinen annehmen, daß die Erbeseinsetzung eine hohe Gunstbezeugung ist, die man nur aus bestimmten persönlichen Rücksichten vornimmt, nicht aber einer vielleicht unbekannten Person, die einem ganz fern steht, zuwendet... Uebrigens ist die Ansicht nicht zu billigen, daß man es nach den Umständen abmessen muß, ob es die Absicht der Parteien war, die Erbeinsetzung mit auf die Erben des Vertragserben auszudehnen, oder nicht, — obgleich auch Eichhorn sich dahin erklärt hat. Denn wenn auch diese Absicht vorlag, so bleibt doch immer noch zu bestimmen, ob auch das rechte Mittel ergriffen ist, sie zu realisiren. Die Erben als solche treten ja nicht in den Vertrag ein; sie erscheinen also als dritte Personen, auf welche das Geschäft ausdrücklich gerichtet seyn muß, wenn sie Rechte daraus ableiten sollen. Entweder liegt das nun schon in der besonderen Art des Geschäftes, wie bei dem Familienfideicommiß, oder die Einsetzung ist auf den Vertragserben und seine Erben gestellt: dann sind diese vulgariter substituirt, und den Beschränkungen unterworfen, welche für dritte Personen aus den ihnen fremden Verträgen gelten. Auch das endlich läßt sich zugeben, daß wenn die Erben eine stillschweigende Substitution nachweisen können, sie den Platz ihres Erblassers, welcher der Vertragserbe war, einzunehmen berechtigt sind. — Da nun aber, so lange eine Sustitution besteht, der Erbeinsetzungsvertrag nicht destitut wird, und also der hier behandelte Fall gar nicht eintritt; so bleibt es bei der Regel: der Erbeinsetzungsvertrag wird aufgehoben, wenn der Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt.[1])

Diese aus der Natur des Erbvertrages entnommenen Gründe sprechen auch nach Preußischem Recht für die Verneinung der oben aufgestellten Frage, wiewohl der § 631 nur von einem wechselseitigen Erbvertrage redet und also einen Fall entscheidet, der einer gesetzlichen Bestimmung eigentlich gar nicht bedurft hat.[2])

---

[1]) Auch Albrecht a. a. O. S. 337 f. tritt im Wesentlichen den Ausführungen Beseler's, deren innere Consequenz er anerkennt, bei.

[2]) Beseler (S. 309) bemerkt hierüber: Es ließe sich der § 631 allerdings so verstehen, daß hier für den wechselseitigen Erbvertrag nur eine Ausnahme von der Regel angeordnet werden sollte; denn stimmte sie mit der Regel überein, so sieht man nicht wohl ein, weswegen diese nicht selbst in allgemeiner Fassung, sondern nur in ihrer Anwendung auf einen besondern Fall, wo sie gerade am Wenigsten Bedenklichkeit haben konnte, ausgesprochen worden ist. Dennoch ist es richtiger, in jener Vorschrift nur die Anwendung eines allgemeinen Rechtssatzes anzunehmen; denn faßt man sie im Zusammenhang mit den beiden folgenden Paragraphen auf, so scheint sie nicht so sehr mit Rücksicht auf die Transmission des Erbrechts gemacht zu seyn, als vielmehr den Gegensatz des gewöhnlichen Erbeinsetzungsvertrags zu den Familien-

Bornemann (VI. S. 144 ff.) ist gleicher Ansicht, welche von Koch (in seiner Rezension in Schneider's N. Krit. Jahrbüchern 1841 S. 165 f.) nur in ihrer Begründung bemängelt wird. Ebenso hat unser Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 22. Januar 1846[1]) angenommen, daß Vertragsrechte überhaupt nicht auf die Erben des vor dem Vertragserblasser gestorbenen Erben übergehen und in keinem Falle auf die Kinder des Vertragserben, wenn diese nicht Erben des Letzteren geworden sind.[2])

Die älteren Partikularrechte enthalten keine Andeutung über diesen Punkt. Auch das Baier. Land-Recht (Cod. Max. Bav. civ.) berührt das Transmissionsrecht des Vertragserben nicht ausdrücklich,[3]) sondern bestimmt nur im Allgemeinen Th. III Kap. 11 § 1:

> „— 8vo Pflegt man solche (pacta successoria) entweder per Actum inter Vivos vel ultimae Voluntatis zu errichten. Ersten-

---

fideicommissen und ähnlichen Dispositionen recht bestimmt hervor heben zu sollen. Schon der Uebergang in § 632: „Ist aber in dem Vertrage die Erbfolge-Ordnung" u. s. w. ist für diese Erklärung entscheidend. — Auch an der Stelle, welche allgemein über den Anfall einer Erbschaft handelt (Tit. 9 § 367) und ihn erst mit dem Tode des Erblassers eintreten läßt, wird ein Ausdruck gebraucht, der ebenso gut auf die Erbverträge als auf die Testamente paßt.

Vergl. auch die Abhandlung Sommer's im Arnsb. N. Archiv II (1835) S. 1 ff.

[1]) Arnsb. N. Archiv B. XIII S. 125 ff.

[2]) Dagegen ist in einem (in Koch's Schles. Archiv III S. 563 f.) mitgetheilten Erkenntnisse des O.-L.-G. zu Breslau vom 1. März 1838 ausgesprochen: Rechtsregel ist, daß Rechte aus Verträgen auf die Erben übergehen. Diese Regel erkennt auch das A. L.-R. an (§ 415 Tit. 5 § 362 Tit. 9 Th. I). Nur unter den Erbverträgen gibt es eine Klasse, welche nach der Natur der Sache eine Ausnahme machen müssen. Dies sind die wechselseitigen Erbverträge; denn jeder Kontrahent hat ja eben den Anderen zum Erben ernannt, mithin kann von einer Transmission des Vorversterbenden keine Rede sein. Bei einseitigen Erbverträgen aber liegt in der Sache kein Grund zu einer solchen Ausnahme von der Regel, und deshalb macht das A. L.-R. dieselbe wirklich auch nur bei wechselseitigen Erbverträgen. Des einseitigen Erbvertrages wird nicht gedacht; folglich bleibt es hinsichtlich desselben bei der Regel.

Vergl. auch das Erk. des L.- und St.-G. zu Erwitte vom 28. Februar 1839 (Arnsb. N. Archiv VI S. 595).

[3]) v. Kreittmayr (Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 1 § 2 f. Nr. 14) schließt sich der älteren Doctrin an, indem er sagt:

> — Die angehoffte Erbschaft ist vor dem wirklichen Anfall noch keine rechte Erbschaft, sondern nur eine bloße Hoffnung, quia viventis non

falls greift hierin alles Platz, was die Rechte auch von anderen Pacten oder Contracten überhaupt verordnen." [1])

Dagegen verordnet

das Fürstl. Bamberg'sche Land-Recht von 1769 Th. I Cap. 2 Tit. 9 § 11. „Wann erstlich dem Erb-Anwartter die Erbfolg Ausweis § 5. 7. 9. unwiederruflich zukommet, und derselbe bey annoch lebendigem Leib des Erbgebers, folglich ehe sie ihm würklich angefallen, verstirbt; So vererbet er solche weiter mit- oder ohne Testament, jedoch nur auf seine Ehe-leibliche Nachkömmling . . ."

Von den neueren Gesetzgebungen bestimmen:

das Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 1252. „— Das Recht, welches daraus [aus dem Erbvertrage] entsteht, setzt den Tod des Erblassers voraus; es kann von dem Vertragserben, wenn er den Erblasser nicht überlebt, weder auf Andere übertragen, noch der künftigen Erbschaft willen eine Sicherstellung gefordert werden."

das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2551. „Wenn der Vertragserbe vor dem Anfalle der Erbschaft stirbt, so erlöscht der Erbvertrag, ausgenommen wenn bestimmt ist, daß er auf die Erben des Vertragserben übergehen soll." [2])

das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2124. „Wenn der

---

est haereditas. Quod autem non est, non transmittitur; welches jedoch in haereditate pactitia seinen Abfall leidet, wann das Pactum successorium nicht per modum ultimae voluntatis, sondern per actum inter vivos, mithin auf unwiderrufliche Art und so gemacht ist, daß es noch in Lebzeiten der Paciscenten zur völligen Kraft kommt; dann dergleichen pacta successoria reguliren sich nach der Natur all anderer Conventionen, gehen mithin ad haeredes paciscentium und hat transmissio haereditatis auch noch in Lebzeiten des Erblassers ad haeredes praedefuncti compaciscentis Platz, sofern nicht successio pactitia ad solam personam pactitii haeredis eingeschränkt worden ist. Kurz, de pact. successoriis § 16.

[1]) In letzterer Hinsicht ist Th. IV Kap. 1 § 19 vorgeschrieben: „Die Wirkung eines Pactums überhaupt ist 1mo auf Seite des Versprechers die Obligation, das Versprochene zu erfüllen, auf Seite des Annehmers aber das Recht, die Erfüllung zu fordern . . . 4to Erstreckt sich obverstandene Wirkung regulariter, und so weit keine besondere Limitation gemacht wird, sowohl active als passive, auf der Paciscenten Erben und Erbes-Erben, ungeachtet derselben in der Convention keine ausdrückliche Meldung gemacht worden —."

[2]) Auch der Großh. Hessische Entw. Buch II Art. 546 enthält die Bestimmung: „Der zum Erben berufene Ehegatte erwirbt für den Fall seines Ueberlebens durch den Erbvertrag das Recht . . . zur Annahme der Erbschaft. Auch erwirbt aus einem gegenseitigen Erbvertrage nur der überlebende Ehegatte ein Erbrecht. — Dagegen haben die Erben des verstorbenen Ehegatten auf den künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten keinen Anspruch."

Vertragserbe vor dem Erblasser stirbt, so ist der Erbvertrag nicht zur Wirksamkeit gelangt, und es geht die erbrechtliche Anwartschaft des Vertragserben nicht auf seine Erben über. Vorbehalten bleiben abweichende Bestimmungen des Erbvertrages." [1])

Widerruf.

§ 634. «Gerichtliche auf den Todesfall eingegangene Erbverträge können einseitig nur so, wie Verträge unter Lebendigen widerrufen werden.»

§ 635. «Haben beide Theile sich die Befugniß, von dem Erbvertrage nach Gutbefinden abzugehen, vorbehalten, so wird das Geschäft nur als ein Testament angesehen.»

§ 636. «Von dem Widerrufe eines solchen Erbvertrages gilt eben das, was von dem Widerrufe eines Testaments verordnet ist. (§ 587 ff.)»

§ 637. «So bald der eine Theil einen solchen Erbvergleich widerruft, verliert derselbe auch in Ansehung des anderen seine Kraft.»

§ 638. «Hat jedoch der andere weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch sonst letztwillig verordnet, so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche von ihm im Erbvertrage anderen Personen, als solchen, die mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt worden.»

§ 639. «Hat nur ein Theil die Befugniß zum Widerrufe sich vorbehalten; so wird dadurch der andere, ein Gleiches zu thun, noch nicht berechtigt.»

§ 640. «So bald aber der erste widerrufen hat, findet in Ansehung des zweiten die Vorschrift des § 637. 638 ebenfalls Anwendung.»

16. Diese sehr ausführlichen Vorschriften, die sich noch dazu zum

---

[1]) In letzterer Hinsicht bemerkt Bluntschli, Erläut. IV S. 180: Der Erblasser kann die Erben seines Vertragserben ausdrücklich substituirt haben; dann treten diese nach jenes Tode an dessen Stelle ein. Es kann aber unter Umständen auch eine derartige Willensmeinung aus dem ganzen Zusammenhang des Erbvertrags und aus den vorausgesetzten Familienverhältnissen

Theil in den §§ 485. 486 Tit. 1 Th. II wiederholt finden, stimmen mit dem gemeinen Recht[1]) so wie mit den deutschen Partikularrechten überein.

Ein Erbvertrag ist seiner Natur nach dem willkürlichen Widerrufe entzogen.

Württemberg. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 8 § 2. „Aber beeden Eheleuten[2]) stehet allerdings frey und bevor, ihre Eheberedungen samptlich wider zu ändern, oder auch gar auffzuheben."

Land-Recht der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. III Tit. 5 pr. (s. oben S. 328 Note 2).

Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordn. von 1616 Th. IV Cap. 6 § 3 (s. oben S. 329).

Baier. Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) von 1756 Th. III Cap 11 § 1. „— 11mo Kann zur Präjudiz und zum Abbruche des getroffenen Pacti Successorii ohne Einstimmung aller Paciscenten einseitiger Weise nichts mehr verfügt, viel weniger solches gänzlich aufgehoben werden . . ." [3])

---

gefolgert werden. Insbesondere kann sich ergeben, daß der Erblasser nicht bloß die Person des Vertragserben, sondern dessen Linie, also auch nach dessen Tode die Kinder desselben berücksichtigt habe, und es ist auch dieser Wille zu achten, und daher in solchen Fällen die eheliche Nachkommenschaft des Vertragserben zur Folge zuzulassen, nicht aber andere Erben desselben.

[1]) v. Bülow und Hagemann, prakt. Erört. IV Nr. 29: — Die wechselseitige gleichzeitige Zusicherung der Erbfolge setzt nothwendig eine vorgängige Uebereinkunft und die gegenseitige Absicht voraus, nicht willkürlich, einseitig von der Disposition wieder abzugehen. Es sind daher gleichzeitige gegenseitige Dispositionen über die künftige Erbfolge in einem und demselben Aufsatze für wahre Erbverträge zu halten, welche, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich festgesetzt ist, die Contrahenten unwiderruflich verbinden.

[2]) im Gegensatz von der Vorschrift des § 1, wonach „kein Ehegemächt für sich selber, zu deß anderen Nachthail" von der Eheberedung abgehen darf.

[3]) v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 8: Ob und wie weit ein Pactum successorium einseitiger Weis ohne Zustimmung der anderen Compaciscenten abgeändert, oder gänzlich aufgehoben werden könne, ist de jure communi strittig —. Allein communior opinio, welche unser Codex bestätiget, distinguirt hier wiederum inter Pacta simplicia et mixta, bey den ersten laßt sich zu Praejudiz und Abbruch anderer Compaciscenten ohne ihrer Einstimmung weder einseitiger Weis etwas verfügen, noch das Pactum gänzlich wieder aufheben. Bey Pactis mixtis hingegen, welche nemlich per modum ultimae voluntatis, mithin auf widerrufliche Art gemacht seynd, gehet solches zwar wohl an, dafern es aber ohne Wissen und Willen des anderen Compaciscenten geschihet, so kann sich der widerrufende Theil des Pacti zu seinem Vortheil gleichfalls nicht mehr gebrauchen, wie es auch die Natur aller antidoral — und reciprocirlichen Handlungen mit sich bringt, und eben deswegen auch in Testamentis reciprocis ant correspectivis ein gleiches verordnet ist.

Oesterreich. bürg. Gesetzb. § 1254. „Der Erbvertrag kann zum Nachtheil des anderen Gatten, mit dem er geschlossen worden ist, nicht widerrufen; sondern nur nach Vorschrift der Gesetze entkräftet werden ..."

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2554. „Die Aufhebung der Erbverträge richtet sich nach den Vorschriften über Verträge."

Ein Vorbehalt des Widerrufes für beide Theile nimmt dem Geschäfte seine Vertragsnatur.[1]) Dasselbe behält daher nur den Charakter eines (widerruflichen) Testaments, also bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung den eines wechselseitigen Testaments.

Baier. Landr. a. a. O. (im Anschlusse an die obige Vorschrift) „— ausgenommen, wenn solches per Modum ultimae Voluntatis oder sonst widerruflich gemacht ist, welchenfalls — 12mo jedem Paciscenten seinen Willen wiederum zu ändern und zurückzunehmen freystehet ..."

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2555. „Ist dem Erblasser das Recht, den Erbvertrag zu widerrufen, vorbehalten worden, so finden die Vorschriften über den Widerruf der letzten Willen Anwendung."

Es treten daher nunmehr die in Betreff des Widerrufes wechselseitiger Testamente geltenden Grundsätze ein, deren Erörterung in dem folgenden Abschnitte ihre Stelle finden wird.

Der Fall, wenn bei einem wechselseitigen Erbvertrage nur ein Theil die Befugniß zum Widerrufe sich vorbehalten hat, steht insofern dem vorerwähnten ganz gleich, als durch die Ausübung des einseitigen Widerrufsrechtes auch die Verordnung des anderen, bis dahin gebundenen Theils (mit der im § 638 bestimmten Ausnahme) zusammenfällt. Andererseits ist er von dem vorigen wesentlich darin verschieden, daß in jenem Falle ein Erbvertrag überhaupt nicht vorliegt, sondern nur ein wechselseitiges Testament, in diesem Falle aber ein wirklicher, wenn auch nur einseitiger und in seiner Wirksamkeit durch den Nichtwiderruf des anderen Theils bedingter Erbvertrag anzunehmen ist.[2])

---

[1]) Den Gegensatz bildet die Vorschrift des § 494 Tit. 1 Th. II: „Wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, sind als Erbverträge anzusehen."

[2]) Vergl. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 11. Juni 1842: In einem Erbvertrage unter Eheleuten und ihren Kindern hatte sich der Mann resp. Vater die Befugniß vorbehalten: diesen Vertrag in einzelnen Punkten oder überall aufzuheben und zu annulliren. Von dieser Befugniß wurde kein Gebrauch gemacht. Nach dem Tode des Mannes erhob die Wittwe vertragswidrige Ansprüche an ihre Kinder, hiebei geltendmachend: der bezeichnete Erbvertrag habe keine Gültigkeit, indem ein Vertrag, wovon der eine Contrahent nach seiner Willkür wieder abzugehen sich vorbehalte, als solcher der Realität entbehre, und insbesondere kein wahrer Erbvertrag sey, dessen Wesen gerade

17. Es ist eine gemeinrechtliche Streitfrage:
ob ein Erbvertrag, gleich einer Schenkung, wegen Undankes des vertragsweise Bedachten widerrufen werden könne.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom J. 1845: Ob ein Erbvertrag wegen Unwürdigkeit oder Undankes widerrufen werden könne, ist nach gemeinem Rechte unentschieden. Nur die allgemeine Betrachtung, daß ein solcher nicht bindender für den Geber sein könne, als eine Schenkung unter den Lebendigen, hat manche Rechtslehrer zu der Ansicht geführt, daß einseitige Erbverträge aus dergleichen Ursachen einseitig widerrufen werden können. (Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. § 345. Curtius, Handb. des Sächs. Rechts § 835 Note c.) Die Ursachen der Unwürdigkeit der Erben passen nicht auf diesen Fall; denn sie handeln nur von dem Falle, wo, ohne daß der Erblasser seinen Willen geändert hat, die Unwürdigkeit erst nach dessen Tode gerügt wird. Allein die Ursachen, aus denen der Erblasser den Erben enterben darf, können füglich auf Zurücknahme einer für den Todesfall getroffenen vertragsmäßigen Verfügung angewendet werden. (Emminghaus, Pandekt. des gem. Sächs. Rechts S. 636 Nr. 4.) [1]

---

darin bestehe, daß der Nachlaß oder ein Theil desselben einem Andern durch den Vertrag selbst unwiderruflich zugesichert werde.

Hierüber äußern die Motive der oberstrichterlichen Entscheidung:

Wenn gleich die Entstehung einer Verbindlichkeit nach den Gesetzen nicht auf das bloße Wollen des Verpflichteten gestellt werden könne, so ist doch hiedurch die Hinzufügung einer Resolutivbedingung dahin, daß es beiden Contrahenten freistehen solle, nach Gefallen von dem Vertrage wieder abzugehen, nicht ausgeschlossen, vielmehr ausdrücklich in den Gesetzen gestattet. Auch die Natur eines Erbvertrages steht der Anwendung dieser Grundsätze nicht entgegen ... (Seuffert, Archiv VIII Nr. 120.)

[1]) Beseler II. 1 S. 312 bemerkt nur: Hält man sich nun alle Fälle, welche einen Widerruf wünschenswerth und auch nicht unbillig erscheinen lassen, klar vor Augen, so wird sich zeigen, daß der wegen Undankbarkeit, den Eichhorn nicht abgeneigt ist, anzuerkennen, keine genügende Hülfe gewährt — davon ganz abgesehen, daß es bedenklich ist, eine singuläre Bestimmung, die nur für die Schenkung gegeben ist, auf ein Geschäft, welches keine Schenkung ist, auszudehnen.

Hartmann a. a. O. S. 69 sagt hierüber: Es fragt sich, ob nicht auch ohne Weiteres durch die Undankbarkeit des Instituirten dem Verzichte seine Kraft verloren geht nach Analogie der l. 10 C. de rev. don. (8, 55). Gewiß ist es aber unzuläßig, wenn Eichhorn, Dieck u. A. gerade diese jüngste positive Einschränkung der Schenkungen auf unser Geschäft beziehen und die beiden älteren, welche sich in Justinian's Recht noch erhalten haben, ignoriren. Meistens hat man sich denn auch nach Beseler's Vorgange gegen die Ausdehnung erklärt. Und vom Standpunkt der herrschenden Lehre, welcher der Erbeinsetzungsvertrag ein streng einheitliches Ganzes ist, war es sogar inconsequent, die Frage überall nur aufzuwerfen, ob der grobe Undank des Bedachten dem Geschäfte seinen wesentlichen Charakter, den der Unwiderruflichkeit, entziehe —.

Die Partikularrechte behandeln meist nur den allerdings am häufigsten vorkommenden Fall des Treubruches eines Ehegatten, der sich ja auch als Undankbarkeit auffassen läßt, indem sie einen solchen Bruch des ehelichen Verhältnisses mit dem Verluste der dem Schuldigen vertragsmäßig auf den Todesfall zugesicherten Vermögensvortheile bedrohen. [1])

So verordnen:

das erneuerte Land-Recht der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. II Tit. 22 § 6 a. E.: „Doch so ein fraw ihre ehe gebrochen, und sich unehelicher werk mit andern gebraucht, hat sie ihre ehesteuren und widdumb nicht mehr zu erfordern, sondern verwürckt, welches dem andern ehegemächt, und seinen Erben, heimfallen, folgen und zustehen soll. Es were dann sach, daß sich der mann mit ihr versöhnete, und sich zu ihr (doch vorbehaltlich Unserer Constitution

---

[1]) Unter denselben Gesichtspunkt läßt sich auch die im gleichen Falle stattfindende, von unserem Landrecht (II. 1 § 499) dem beleidigten Ehegatten zugelassene Entziehung der portio statutaria stellen.

Schüler, Ueber die Vertragsmäßigkeit der Güterrechte und Erbrechte der Ehegatten (in Ortloff's und Schüler's Jurist. Abh. und Rechtsfällen I (Jena, 1847) Nr. XIV § 11): Mit dem Grundsatze der Vertragsmäßigkeit der ehelichen Successionsrechte ist es übrigens wohl vereinbar, wenn häufig Landesgesetze oder Statuten vorschreiben, daß einem Ehegatten wegen solcher Handlungen, die einen Treubruch, eine Vertragsverletzung seinerseits involviren, die ihm sonst gebührende portio statutaria durch einseitigen Willensact des andern Ehegatten entzogen werden kann. Denn wer von einem Vertrag selbst abgeht, hat kein Recht, von dem andern Theil die Einhaltung des Vertrags zu verlangen. So schreiben die Sächsischen Constitutionen von 1572 P. III. Const. 26. und P. IV. Const. 21. vor, daß wegen böslicher Verlassung und ähnlicher Ursachen die dem schuldigen Theil sonst gebührende portio statutaria von selbst verloren gehen soll, es hätte denn der verstorbene Ehegatte dem schuldigen Theil bei seinem Leben verziehen; hätte ein Weib Ehebruch getrieben, so sollen ihr die Erben des Mannes „ihr Einbringen und was ihr sonst gebührt" (nach der Ueberschrift) oder die portio statutaria vorenthalten können, wenn der Mann „den Ehebruch gewußt, das geeifert, das Weib ausgetrieben oder sich dessen beklaget, jedoch mit dem Tode übereilet worden." Man sieht hier, es ist das Recht zur portio statutaria ganz als vertragsmäßiges Recht behandelt, welches durch eigene Vertragsverletzung verloren gehen soll; es sind nicht bloße Enterbungsursachen, denn es wird gar kein Testament des unschuldigen Theils vorausgesetzt, sondern dessen Erben können ohne Weiteres an des Verstorbenen Stelle, wenn derselbe nicht bereits den Fehltritt verziehen hatte, die portio statutaria verweigern, oder „in des Verstorbenen Recht treten," wie die angeführte Const. 21. ausdrücklich sagt.

und Ordnung, auch derofelben einverleibter straf) gutwillig widerumb thete und beywohnete."

das Chur-Triersche Landrecht von 1713 Tit. VI § 2: „— und kann denselben [den Ehe-Pacten] das Weib, oder auch der Mann ohne deß andern Willen, in Krafft dieser Unser Verordnung in obigen Fällen nicht derogiren; es seye dann, daß der bereuender Theil darzu erhebliche und in Rechten begründete Ursachen habe, bevorab da selbige also beschaffen wären, daß der schuldiger Ehe-Gatt alles sowohl auß dieser Unser Ordnung, als seines Ehe-Gattens Versehung, ihme zugelegten Gewinns, Vortheils und Anwartung sich unfähig und verlüstig machen thäte: welchen falls demselben die anderwertliche Verordnung und letzten Willens-Freyheit unverwehrt seyn solle."

das bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2557. „Erbverträge unter Ehegatten gelten als widerrufen, wenn die Ehe für nichtig erklärt oder in Folge Anfechtung aufgehoben oder geschieden wird oder die Ehegatten auf Lebenszeit von Tisch und Bette getrennt werden."

Nur einige Gesetzbücher gestatten auch bei anderen Erbverträgen als Ehestiftungen den Widerruf wegen Undankes.

Land-Recht des Kayserl. Hochstifts und Fürstenthums Bamberg von 1769 Th. I Cap. 2 Tit. 9 § 5. „Wann der Dritte, dem die Erbfolg zugedacht worden, solche bey Leb-Zeiten beeder Ehe-Leuten bereits angenommen, und sich gegen die Erbgebere darzu erkläret hat; So kan sie ihm ordentlicher Weis auch mit beeder Ehe-Leuten Einwilligung nicht mehr genommen werden. Ausgenommen ... es begehe nachhero der Erbschafts-Anwarter eine solche Undankbarkeit gegen die Erbgebere, wegen welcher eine jede andere bey lebendigen Leib geschehende Schankung von gemeinen Rechts wegen widerruffen werden kan."

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2136. „Ein Vermächtnißvertrag, durch welchen ein Erblasser, ohne eine Gegenleistung zu empfangen, oder zugesichert zu erhalten, einen Andern aus Freigebigkeit bedenkt, kann von demselben auch einseitig in Testamentsform widerrufen werden — wegen Undanks des Bedachten ..." [1])

Unser Landrecht enthält keine ausdrückliche Bestimmung über den fraglichen Fall. Es kommt daher Alles darauf an, ob man die ver-

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 189 bemerkt dazu: Das Gesetz spricht nur von Vermächtnißverträgen; daher entsteht der Zweifel, ob aus denselben Gründen auch eine vertragsmäßige Erbeinsetzung, mit welcher keine Gegenleistung verbunden ist, und die nicht auf einem wechselseitigen Erbvertrag beruht, widerrufen werden könne. Die inneren Gründe sprechen für eine analoge Behandlung, und nur die beschränkte Fassung des Gesetzes erregt Bedenken. Da indessen das Gesetzbuch eine vollständige Erwähnung der Ausnahmen seiner Regeln mit Absicht vermieden und die nähere Bestimmung derselben dem Leben und der Praxis der Gerichte überlassen hat, so halte ich die Bejahung der Frage für richtiger.

tragsmäßige Zusicherung eines Rechts auf den künftigen Nachlaß als eine Schenkung auffassen kann. Unzweifelhaft ist dies in Betreff des wechselseitigen Erbvertrages zu verneinen.

Ein einseitiger Erbeinsetzungs- oder Vermächtnißvertrag trägt allerdings den Charakter der Liberalität an sich und hat insofern mit einem noch unerfüllten Schenkungsversprechen Aehnlichkeit. Allein eine wesentliche Verschiedenheit waltet immerhin darin ob, daß letzteres, als ein Geschäft unter Lebenden, bereits ein festes, gegenwärtiges Recht verleiht, während dies nach den obigen Erörterungen bei dem Erbvertrage, als einem Geschäfte von Todeswegen, nicht der Fall ist. Man könnte nun freilich behaupten, daß gerade aus diesem Grunde der Widerruf eines, ein bloßes Hoffnungsrecht gewährenden Erbvertrages noch weniger Bedenken haben könne, als der Widerruf einer wirklichen Schenkung. Dabei würde man aber den hier allein entscheidenden Gesichtspunkt übersehen. Wenn es sich um die Verwirkung eines Rechts wegen der Verletzung der natürlichen Pflichten der Dankbarkeit handelt, dann tritt der Gesichtspunkt hervor, daß man Dank nur Dem schuldet, der durch einen Liberalitätsact ein Recht verschafft, nicht die bloße, immerhin ungewisse Aussicht auf einen solchen Erwerb eröffnet hat. Hiernach muß man Bedenken tragen, die singulären Vorschriften über den Widerruf der Schenkungen auf den Erbvertrag anzuwenden.[1])

Entsagung des Erbrechts.

§ 641. «Bei Erbverträgen kann der überlebende Theil ebenso, wie der Testamentserbe sich der Verlassenschaft gültig entschlagen.»

§ 642. «Er kann aber alsdann auch seines gesetzlichen Erbrechts sich nicht bedienen. (Tit. 9 § 401).»

§ 643. «Ist in dem Vertrage selbst der Befugniß, die Erbschaft auszuschlagen, ausdrücklich entsagt worden, so hat es zwar dabei sein Bewenden;»

§ 644. «Doch kann auch ein solcher Vertragserbe zum Antritte der Erbschaft nur unter dem Vorbehalte der Rechtswohlthat des Inventarii verpflichtet werden.»

18. Beseler II. 1 S. 271 f.: — In dem Erbeinsetzungsvertrage

[1]) Mit Recht haben daher auch die Gesetzes-Revisoren (Pensum XVI S. 219)

liegt allerdings von Seiten des Acceptanten der Wunsch ausgesprochen, Erbe der andern Partei zu werden: das will aber nichts anderes sagen, als daß er den künftigen Erwerb der Erbschaft, nämlich in Folge des Anfalls in seine Hand bekommen will. Denn aus dem Vertrage eine Verpflichtung zur Antretung herzuleiten, wäre ganz gegen dessen Bestimmung, welche nicht darauf ausgeht, für den Erblasser einen Erben, sondern für den Erben eine Erbschaft zu bekommen; auch würde sich niemand darauf einlassen wollen, ein Geschäft abzuschließen, durch welches er, wegen seiner Haft für die Schulden unmäßig verletzt werden könnte. Das erkennt auch Mittermaier (Grunds. des deutsch. Privatr. § 403 Note 21) an und gestattet dem Vertragserben sogar die Wohlthat des beneficium inventarii ... Alle Verwickelungen werden vermieden, wenn man bei der Regel bleibt: derjenige, dem eine Erbschaft deferirt ist, erwirbt sie erst durch die Antretung, welche auch für den Vertragserben unter den gewöhnlichen Grundsätzen steht ... Wenn nun der Grundsatz gilt, daß eine Erbschaft erst nach dem Tode des Testators existiret, so kann sie selbst auch vorher nicht erworben werden, sondern nur ein Recht auf ihren künftigen Erwerb. Dieses letztere wird nun freilich sogleich nach dem Tode des Testators wirksam; aber nur insofern, als es den zweiten Schritt möglich macht, nämlich Ausübung des Rechts, die Erbschaft zu erwerben, mit einem Worte: die Antretung derselben ... Daß der Vertragserbe regelmäßig nach der Antretung für alle Schulden des Erblassers haftet, folgt schon aus seiner Eigenschaft als Erbe; doch kann man ihm unbedenklich die Wohlthat des Inventars gestatten, da es ein ganz allgemeines Rechtsinstitut ist. [1])

---

gegen die Ansicht von Bielitz (Com. zu § 634 d. T.) die aufgestellte Frage verneint.

[1]) O. Krug in Richter's Krit. Jahrbüchern. Jahrg. 1838 S. 114: Daß ein Vertragserbe die Erbschaft nicht ausschlagen könne, wird in Curtius Handb. des Sächs. Rechts § 905 damit unterstützt, daß er vermöge des Vertrages in alle Rechte und Pflichten des Erblassers träte. Allein der Natur des Erbvertrags nach gehört dazu nicht das Versprechen, die Erbschaft anzutreten: er begründet nicht eine Verbindlichkeit auf Seiten des Erben, sondern nur auf Seiten des Erblassers die, die Erbschaft keinem Andern zukommen zu lassen. Gesetzt auch, es wäre ein pactum de adeunda hereditate beigefügt, immer fragt sich, ob ein solches, das dem Erblasser ein, erst nach seinem Tode realisirbares Recht einräumt, gültig sei; den Gläubigern, die darauf sich berufen wollten, würde die Regel tertio pacta nec nocent nec prosunt, entgegenstehen. (Die entgegengesetzte Ansicht ist in einem von Hartitzsch, Entscheid. prakt. Rechtsfragen Nr. 171 mitgetheilten Urtheile des O.-A.-G. zu Dresden ausgesprochen.) Vergl. Buddeus in Weiske's Rechtslex. IV S. 43.

Die Frage: Kann der Vertragserbe von dem beneficium deliberandi so wie von dem beneficium inventarii Gebrauch machen? ist bejaht in v. Langenn und Kori's Erört. prakt. Rechtsfragen III S. 150, 151.

Auch die ältere Doctrin stimmt mit den Ansichten Beseler's überein. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 11 § 1 Nr. 6, 7: — Obwohl diese species successionis (ex pacto successorio)

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2550. „Der Vertragserbe hat, selbst wenn er mit Auflagen beschwert ist, das Recht nach dem Tode des Erblassers die Erbschaft auszuschlagen, wenn er nicht auf dieses Recht verzichtet hat." [1])

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2123. „Dem Vertragserben ist nach dem Tode des Erblassers ein dem Erbrechte des Testamentserben analoges Erbrecht eröffnet. Um wirklich Erbe zu werden, muß er die Erbschaft antreten." [2])

19. Auch die Vorschrift des § 642 [3]) entspricht der gemeinrechtlichen Ansicht.

---

von den Rechtsgelehrten nur anomala et irregularis genannt wird, weil sie contra regulas juris communis saltem romani eingeführt worden ist, so wird sie doch in effectu der testamentarischen oder natürlichen Erbfolg fast durchgehends gleichgehalten. Einfolglich kommen auch einem solchen Successori vel Haeredi pactitio alle beschriebenen Rechte — zu ... Ein zwar anfänglich giltiges Pactum successorium kann auf unterschiedliche Weis — wiederum cessiren. Ein gleiches kann — per repudiationem haeredis pactitii wenigist in Ansehen seiner Person und zwar auf die nämliche Weis, wie bei Haeredibus testamentariis aut legitimis geschehen. Haubold ad Berger oec. jur. II. 4, 50 p. 519: Jus inventarii concessum est heredi adeo pactitio.

[1]) Siebenhaar, Comm. III S. 386: Zur Erläuterung dieser Vorschrift ist darauf hinzuweisen, daß das bürg. G.-B. den Erbvertrag als Delationsgrund auffaßt. Eine durch das Ableben des Vertragserblassers dem Vertragserben angefallene Erbschaft ist daher ganz so zu beurtheilen, wie eine auf andere Weise, nämlich vermöge gesetzlichen oder testamentarischen Erbrechts, angefallene Erbschaft.

[2]) Bluntschli, Erläut. IV S. 179 f.: Allerdings ist darin der Erbvertrag von dem Testamente verschieden, daß der Vertragserbe schon bei Lebzeiten des Erblassers seine vorläufige Neigung zu erkennen gegeben hat, die Erbschaft desselben zu übernehmen. Indessen kann daraus nicht gefolgert werden, weder daß er sich zu dieser Uebernahme verpflichtet habe, noch auch nur, daß er eintretenden Falls dieselbe wirklich wolle. Wenn die Erbschaft von Rechtes wegen auf den gesetzlichen Erben übergeht, so hat das einen guten Grund in der innern Nothwendigkeit des Familienerbrechts, welches von dem Willen sowohl des Erblassers als des Erben zunächst unabhängig ist. Der Erbvertrag dagegen beruht, wie das Testament, auf dem freien Individualwillen, und es muß zu dem Willen des Erblassers der des Erben nach jenes Tod hinzutreten, damit eine erbrechtliche Folge aus dem Willen entspringe. Der Wille des Vertragserben, die Erbschaft anzutreten oder auszuschlagen, ist daher ebenso frei, wie der des Testamentserben, und es ist daher auch eine Willensäußerung in diesem entscheidenden Moment nöthig.

Auch der Großh. Hessische Entw. Buch II Art. 546 bestimmt: „Der zum Erben berufene Ehegatte erwirbt für den Fall seines Ueberlebens durch den Erbvertrag nur das Recht, nicht aber die Pflicht zur Annahme der Erbschaft..."

[3]) Dieselbe ist in besonderer Anwendung auf die vertragsmäßige Erbfolge der

Beseler a. a. O. S. 276: — Wir können die Regel aufstellen, daß, wenn der Erbe die vertragsmäßige Erbschaft aus eigennütziger Absicht ausschlägt, um sie als gesetzlicher Erbe anzutreten, dies nicht zu gestatten ist. Regelmäßig wird er es nämlich nur thun wollen, um sich dadurch von den vertragsmäßig übernommenen Vermächtnissen oder andern Prästationen zu befreien, also in derselben Lage sein, wie das Edict den testamentarischen Erben gefaßt hat. Bedenkt man nun, wie sehr der Erblasser durch ein solches Verfahren in seinen Absichten getäuscht werden kann, so läßt sich die analoge Ausdehnung des Edicts auf unsern Fall wohl rechtfertigen. Denn es kommt hier noch die besondere Rücksicht hinzu, daß der Erbe selbst in die Veränderung seines Erbrechts einwilligte, was bei dem Testamente nicht der Fall ist. Auch hat die deutsche Jurisprudenz unsere Regel wenigstens in dieser Anwendung fast allgemein festgehalten. Nur wenn der Vertragserbe aus eigenem Interesse und nicht um die Absicht des Erblassers zu umgehen, z. B., weil der Erbvertrag angefochten werden kann, das gesetzliche Erbrecht aber klar ist, sich sogleich für dieses entscheidet, wird wohl nichts dagegen einzuwenden sein. Doch lassen sich allerdings auch Fälle denken, wo er einen Prozeß wagen muß.[1])

Ehegatten wiederholt im § 448 Tit. 1 Th. II: „Ist aber die Erbfolge durch einen wirklichen Vertrag bestimmt: so steht es nicht in der Macht des Ueberlebenden, von dem Vertrage abzugehen und die gesetzliche Erbportion zu wählen."

So bestimmt auch das Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. II Tit. 11 § 11. „Wenn Ehezärter zwischen Eheleuten sind aufgerichtet — sind so wol der eine, als der andere, darnach sich zu richten schuldig, und ist damit der Wittwe die Wahl, zu dem Stadt-Rechte, oder zu dem Ehezarter sich zu ziehen, benommen, sondern muß dieselbe dem Ehezarter folgen."

Vergl. auch Erneuert. L.-R. des Herzog. Preußen von 1685 (verb. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. 12 Art. 5 § 3 a. E. „— Da aber zwischen den Eheleuten vor angehender Ehe besondere Pacta dotalia und Gedinge, nach Form und Maaß (wie obengesetzt) wären aufgerichtet, so sol denselben stracks nachgelebt, und nichts darwieder gehandelt werden."

Der Großh. Hessische Entw. B. II Art. 547 enthält die Bestimmung: „Der überlebende Ehegatte, welcher in Gefolge des Erbvertrags einen Theil des Nachlasses des Verstorbenen erhalten hat, kann daneben nicht auch noch den Erbtheil in Anspruch nehmen, welcher ihm für den Fall der gesetzlichen Erbfolge an diesem Nachlasse zusteht.

Auch kann er nicht die Erbschaft, insofern sie ihm kraft des Erbvertrags angefallen ist, ausschlagen, und dagegen sein gesetzliches Erbrecht darauf geltend machen."

[1]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 29. Oktbr. 1851: — Der überlebende Ehegatte kann von einem Erbvertrage nicht abgehen und statt des ihm darin zugewendeten Vortheils die statutarische Portion, worin diese immerhin bestehen mag, in Anspruch nehmen. Denn es ist

a. deutscher, in vielen Partikulargesetzgebungen ausdrücklich anerkannter Rechtssatz, daß nur dann, wenn keine Pacta und Gedinge unter den

Vom Rechte des Zuwachses.

§ 645. «Auch bei der Erbfolge aus Verträgen findet das Recht des Zuwachses Statt.»

20. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 43 S. 364 f.: — Wo die Regel: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest überhaupt nicht gilt, da hängt das Anwachsungsrecht unter Vertragserben von dem Willen des Disponenten, also von dem Inhalt des Vertrages ab, und es kann sich nur noch fragen: wie es hiermit im Zweifel zu halten sei. Das Preußische Recht läßt ein jus accrescendi eintreten, sowohl unter Testamentserben, als unter Vertragserben, und dies hat auch die Consequenz für sich. Wenn nämlich nicht nur feststeht, daß der Erblasser über seinen ganzen Nachlaß durch den Erbvertrag hat verfügen wollen, sondern auch Mehrere ohne Theilbestimmung dazu berufen hat, so folgt daraus ganz

---

Ehegatten für den Todesfall abgeschlossen sind, die Statutar-Vortheile eintreten sollen. Ueberdies ist es

b. schon gemeinen Rechts, daß der Intestaterbe die Erbschaft aus dem Testamente zu dem Zwecke nicht ausschlagen darf, um Legate nicht zu bezahlen, er vielmehr deren Zahlung sich nicht in dieser Weise entziehen kann und dieser Grundsatz umsomehr auf die vertragsmäßige Einsetzung und die Statutarportion des Ehegatten anzuwenden, weil der vertragsmäßige Erbe in die Veränderung seiner gesetzlichen Rechte selbst eingewilligt hat.

(Seuffert, Archiv V Nr. 201.)

Vergl. Mevii Decis. IX. 60: Post obitum mariti non est amplius in electione uxoris conventnm in pactis dotalibus an lncrum legis malit... Per pacta quippe a jure communi recessum fuit, iisque stare tenetnr mnlier, postquam semel ita placnit, nec recedere potest, nisi volentibus iis, quornm interest. Necessitate servandi pacta obstringitnr suamet electione, postquam variare non licet. Leyser spec. 307 m. 5: Pactis dotalibus tacita renunciatio portionis statutariae inest. — Scilicet portio statutaria superstiti conjugi hoc solo casn defertur, qno pacta dotalia deficiunt. Nam pacta sine dubio legem vincunt. Aperte Jnstinianns Novellam suam 117 c. 5, in qna de mutua conjugum successione agit, restringit ad casum, qno uxor sine dotalibus instrumentis accepta fuit —. Itaque pacta dotalia non possunt non tacitam portionis statntariae renunciationem continere. Nec heredibus mariti ab intestato officiebat, qnod nnlla eorum in pactis dotalibns mentio facta erat. Ad illos enim, qnum uxor deficeret, hereditas legitima redibat. Exclndebant vero uxorem pacta dotalia. Eadem ergo secundnm leges justae interpretationis heredes legitimos implicite vocabant... (Ita JCti Helmstadienses mense Jan. a. 1715). Pnfendorf, Obs. jur. nniv. IV. obs. 53: — pactis dotalibus, si qnae exstant, standum esse, neque eo casn statutariam snccessionem obtinere, sed snperstitem conjngem contentnm eo esse oportere qnod in pactis dotalibus promissum ipsi est...

natürlich, daß er die Intestaterben durch seine Disposition ausschließen wollte, so lange noch Einer der Berufenen vorhanden ist, und dies führt von selbst auf ein Anwachsungsrecht. Die römische Theorie von der Untheilbarkeit des zur Universalsuccession rufenden Willens eines Erblassers führt mit Nothwendigkeit zum jus accrescendi. Wenn nun aber auch eine solche Nothwendigkeit nicht anerkannt ist, so darf man das Anwachsungsrecht doch als ein natürliches, den Verhältnissen angemessenes und auf dem präsumtiven Willen des Erblassers beruhendes gelten lassen, falls es nicht ausdrücklich ausgeschlossen, oder doch sonst Inhalt und Fassung der Disposition von der Art ist, daß sich wenigstens mit Wahrscheinlichkeit ergibt, es solle jeder einzelne Erbe auf den ihm angewiesenen Theil beschränkt sein.[1])

---

[1]) Auf diesen für unser Recht allein entscheidenden Gesichtspunkt kommt am Ende auch Beseler, wiewohl er sich im Allgemeinen gegen das Zuwachsungsrecht bei dem Erbeinsetzungsvertrage erklärt (II. 1 S. 280 ff.) Er bemerkt (S. 284 f.): Fassen wir demnach die Regel gegen das Zuwachsungsrecht bei dem Erbeinsetzungsvertrage, so fragt es sich doch, ob es nicht ausnahmsweise auch hier in Wirksamkeit treten kann, und in der That läßt sich Manches dafür anführen, wenn man die Analogie des Soldatentestaments herbeizieht. Die Sache würde sich hier denn so stellen, daß in allen Fällen, wo nachgewiesen werden kann, daß die Absicht der Parteien darauf gerichtet war, bei dem Wegfallen des einen Vertragserben den andern statt der gesetzlichen Erben an seine Stelle rücken zu lassen, dies auch geschehen muß. Man geht dabei ja eigentlich nicht weiter, als daß man den Consens aus den Umständen herleitet, und wenn man sich die Sache recht anschaulich machen will, so kann man an eine stillschweigende Substitution denken, welche auch wohl den röm. Juristen vorgeschwebt hat, da eben das Accrescenzrecht die nothwendige Folge eines Rechtsgrundsatzes, die Substitution aber eine freie Verfügung ist. Nur muß man freilich, falls man sich das Verhältniß als eine Substitution denkt, auch die Verschiedenheit der Wirkungen, welche zwischen dieser und dem Accrescenzrechte besteht, nicht außer Acht lassen. — Ein streng juristischer Beweis darf übrigens für eine solche Absicht der Parteien wohl nicht verlangt werden; es müssen die Umstände jedoch auch wiederum so entschieden dafür sprechen, daß man sich getrauen kann, gegen die Regel auf den Vorzug des Vertragserben zu erkennen...

So sagt auch Bluntschli, Erläut. IV S. 181: Der Vertragserbe kann auf einen Theil der Erbschaft eingesetzt, auf einen andern Theil ein Testamentserbe ernannt und der Rest der Erbschaft der gesetzlichen Erbfolge überlassen worden sein. Die letztere tritt immer als die Regel ergänzend ein, soweit nicht durch letzten Willen Abänderungen getroffen worden sind. Schlägt der Vertragserbe aus, oder stirbt er vor dem Erblasser, so wirkt dieser Ausfall zunächst zu Gunsten der gesetzlichen Erben, wenn nicht aus dem letzten Willen auf eine abweichende Meinung des Erblassers zu schließen ist.

Ebenso bemerkt Schmidt in Schneider's N. Krit. Jahrbüchern 1844 S. 998 f. (in einer Rezension der „Untersuchungen praktisch wichtiger Materien aus dem Gebiete des im K. Sachsen geltenden Rechts. Von Dr. Schwarze und Dr. Heyne. Dresd. und Leipz. 1844"): „Allerdings ist die Frage über die Zuläßigkeit des Accrescenzrechts eine quaestio facti; es kommt Alles auf

Bürg. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2552. „Sind Mehrere in einem Erbvertrage bedacht, ohne Angabe, wieviel ein Jeder erhalten soll, so gelten die Vorschriften über das Anwachsungsrecht bei letzten Willen.“ [1])

die Verabredung an; aber gesetzt, es wäre im Erbvertrage das Accresciren weder direct noch indirect durch Anordnung einer Substitution oder durch quotale oder quantitative Bestimmung des Erbtheils der mehreren Erben ausgeschlossen, es würde also bei eintretender testamentarischer Succession die Accrescenz Platz greifen, warum soll sie bei der vertragsmäßigen Erbfolge unstatthaft sein. Daß die letztere auf einem Vertrage beruht, kann dies nicht bewirken, denn der Verf. sagt selbst (S. 27): „Von dem Tode des Erblassers an sind beide Dispositionen — testamentarische und vertragsmäßige — sich völlig gleichgestellt und die Beerbung selbst erfolgt nach den gewöhnlichen Regeln.“

Der entgegengesetzten Ansicht sind: v. Langenn und Kori, Erört. prakt. Rechtsfr. III S. 151 f.: Das jus accrescendi gründete sich bei den Römern auf die Regel: nemo pro parte test. etc. Ein Erbvertrag ist keine testatio, folglich auch jene Regel darauf nicht auszudehnen. Ueberdieß beruht die Gültigkeit eines Erbvertrages auf der Acceptation des Erben; diese ermangelt aber für denjenigen Theil Nachlaß, der dem Erben im Erbvertrage nicht zugesichert worden, selbst in dem Fall, wo im Erbvertrage schlechthin mehrere, ohne Bestimmung ihrer Antheile zu dem ganzen Nachlasse berufen worden wären. Dazu kommt, daß überhaupt die deutschen Particularerbrechte, z. B. auf die statutarische Portion, auf die Gerade und Heergeräthe, neben der testamentarischen Erbeinsetzung zur Anwendung gebracht worden sind.

Auch die ältere Doctrin erklärt sich für die Unanwendbarkeit des Anwachsungsrechtes auf pacta successoria.

Koch, success. ab intest. civ. § 9 Schol. II: — In pactis hereditariis — juri accrescendi locus non est; sed admittitur in reliqua bona partemve hereditatis vacantem heres legitimus: sive pactum de certis saltem rebus, aut de parte tantum hereditatis conceptum sit, sive plures totam hereditatem aut ex portionibus, aut nullis portionibus singulis heredibus adscriptis, sibi stipulati sint; nisi in eo casu, quo plures sibi stipulantur hereditatem, expresse aut tacite declaraverint paciscentes, ut deficientium stipulatorum pars reliquis accrescat —. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 11 § 1 Nr. 6 a. E.: Quoad jus accrescendi differiren sie (pacta successoria simplicia und mixta) ebenfalls soweit von einander, daß solches zwar wohl in Pactis successoriis mixtis (per actum mortis causa), nicht aber in simplicibus (per actum inter vivos) statt hat, weil diese letztere ad actus inter vivos gehören, worin das jus accresc. niemahl Platz greifen kann. Hofacker, Princ. jur. civ. § 1403. In eo autem potissimum a rationibus ultimarum voluntatum successio pactitia recedit... quod nec juri accrescendi, nec aliis ultimarum voluntatum fatis pacta haec subjaceant. Vergl. dagegen Hommel, Rhaps. V. obs. 619. Jus accrescendi etiam in pactis successoriis locum habet.

[1]) Vergl. die entsprechenden Vorschriften der §§ 2269 f. B. I S. 546, 647 Note 3. — Diejenigen Partikularrechte, welche den Erbvertrag nur unter Ehegatten zulassen, enthalten natürlich keine Bestimmungen über das Anwachsungsrecht.

Wirkung der Erbverträge in Ansehung eines Dritten.[1]

§ 646. «Uebrigens gelten Erbverträge nur unter den Contrahenten als Verträge; in Ansehung eines Dritten aber, dem darin etwas zugedacht worden, und der dem Vertrage nicht mit Bewilligung der Hauptcontrahenten ausdrücklich beigetreten ist, haben sie nur die Kraft einseitiger letztwilliger Verfügungen. (Tit. 5 § 75. 76. 77.)»

21. Dieser Grundsatz entspricht der herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin und findet sich schon in älteren deutschen Partikularrechten ausgesprochen:

Württemb. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 8 § 4. „Und wann in dergleichen Heyraths-Pacten ihrer (der Eheleut) Verwannten oder anderer halb Verordnung beschehen, was nämlich denselben nach der Paciscirenden Eheleut Todfall von ihrem Gut zufallen solle, mögen dergleichen Gemächt, deren vollnziehung erst nach der Eheleut Tod geschehen soll, sovil solche nicht contrahierende Personen betreffen thut, durch die paciscirende Eheleut ihres gefallens wol widerrufft und geändert werden.“[2])

Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordnung von 1616 Th. IV Cap. 6 § 5. „Also, da ein Ehegemecht bey der Eheberedung, seinen Geschwistern, oder andern gefreunden, etwas zu gutem außgedinget, und dabey vorbehalten hette, daß die und die Güter Heut oder Morgen, disem oder jenem, gefolgt werden solten, hernacher aber anders sinnes würde, und hiervon in andere wege disponiren wolte, So sol ihme ein solches gleichergestalt zu thun ohnbenommen seyn.“

Fürstl. Bamberg'sches Land-Recht von 1769 Th. I Cap. 2

---

[1]) Vergl. Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 68 f. Beseler II. 1 S. 231—233. Buchka, die Lehre von den Stellvertr. bei Eingehung von Verträgen (Rostock und Schwerin, 1852) S. 194—198. Hartmann a. a. O. S. 38—44. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag (Potsdam, 1861) S. 59—62.

[2]) Griesinger, Com. V S. 251 f.: Aus diesem Satze entstehen durch Induktion einige andere Sätze und zwar 1. der Satz, daß der Erbvertrag in Absicht auf die paciscirenden Ehegatten selbst unwiderruflich sei, 2. der Satz, daß der Erbvertrag auch in Absicht auf den dritten unwiderruflich sei, wenn dieser Mitpaciscent war; 3. der Satz, daß, wenn ein Ehegatte dasjenige, was er zum Vortheile eines dritten Nichtpaciscenten in dem Ehe- und Erbvertrage angeordnet hat, vor seinem Tode nicht widerrufe, dieses auch gültig und von Wirkung sei; denn wenn eine solche Anordnung auch ohne Widerruf nichtig wäre, wozu würde der Widerruf dienen?

Tit. 9 § 5. „Wann der Dritte, dem die Erbfolg zugedacht worden, solche bey Lebzeiten beeder Ehe-Leuten bereits angenommen, und sich gegen die Erbgebere darzu erkläret hat; So kan sie ihm ordentlicher Weis auch mit beeder Ehe-Leuten Einwilligung nicht mehr genommen werden . . ." § 6. „Hätte aber der Anwartter die Erbfolg noch nicht angenommen, oder in nächst vorgedachter Maas sich zu solcher erkläret, so solle es nach Verschiedenheit der Umständen nachfolgendermassen gehalten werden. Erstlich wann die Ehe-Leut, wie mehreren Theils geschiehet, ihre beederseitige Anverwandte, oder auch jeder Theil einen, oder mehrere andere Personen in diesen oder jenen Vermögens-Antheil zu Erben benannt hätten, bleibt ihnen unverwehrt, die Erbfolg mit ihrer der Ehe-Leuten gemeinsammlicher Einstimmung hinwieder aufzuheben: Ingleichen hat in dem nemlichen Fall der von dem Anwartter noch nicht würklich angenommener Erbfolg jeder aus beeden annoch lebenden Ehe-Gatten die freye Macht, den von ihme ernannten Erben abzuändern, und an dessen Stelle einen anderen zu setzen: Es seye dann vorhero zwischen denen Ehe-Leuten ausdrücklich ein anderes beliebet worden." § 7. „Nachdeme nachhero Zweytens eines der Ehe-Leuten verstorben, kan der Uberlebende dem von jenem bestimmten Erben sein Recht durch einiges Geschäft, und es wollte gleich unter denen Lebendigen, oder von Tods wegen geschehen, nicht benehmen . . ."

So bestimmt auch das bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen:

§ 2553. „Sind durch Erbvertrag Dritten Vermächtnisse oder Anwartschaften ausgesetzt, so können, wenn die Dritten dem Vertrage nicht beigetreten sind, die Vermächtnisse oder Anwartschaften von dem Erblasser auf dieselbe Weise, wie Vermächtnisse oder Anwartschaften, welche in einem letzten Willen angeordnet worden sind, widerrufen werden, ausgenommen, wenn sie zu Gunsten des anderen vertragsschließenden Theiles gereichen oder von dem letzteren für die Dritten ausbedungen oder bei wechselseitigen Erbverträgen zur Bedingung gemacht worden sind."

desgleichen das privatrechtl. Gesetzbuch für den K. Zürich:

§ 2128. „Werden in einem wechselseitigen Erbvertrage zu Gunsten Dritter nicht mit wirkender Personen Vermächtnisse ausgesetzt, so gelten diese als Testamentsvermächtnisse."

Die richtige Anwendung des obigen Grundsatzes (§ 646) erfordert es aber, die verschiedene Bedeutung der in einem Erbvertrage zu Gunsten eines Dritten getroffenen Verfügungen im Verhältniß zu den vertragsschließenden Theilen ins Auge zu fassen.

a. Bei weitem der gewöhnlichste Fall ist der, wo jene Anordnungen einseitige Liberalitätsacte darstellen, welche dem Vertragserben als eine sein Recht beschränkende Verpflichtung auferlegt sind. Hier liegt eine jederzeit widerrufliche letztwillige Zuwendung vor, welche erst mit dem

Tode des Verfügenden dem Dritten als Legatar ein festes Recht verleiht.[1]) — Der Widerruf steht bei einseitigen Erbverträgen dem Verfügenden allein zu. Die Zustimmung des andern Theils — des Belasteten — zu erfordern, wäre widersinnig,[2]) da ja die Wirkung des Widerrufes darin besteht, daß der Vertragserbe von der ihm auferlegten Last befreit wird. Wird dagegen in einem wechselseitigen Erbvertrage eine solche Verfügung von beiden Theilen gemeinschaftlich getroffen, so kann dieselbe auch nur durch beiderseitigen Widerruf aufgehoben werden. Nach dem Tode des einen Kontrahenten steht daher dem Ueberlebenden ein Widerrufsrecht nicht zu.[3])

---

[1]) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 31. Oktob. 1825: — Es wird für eine völlig zuläßige und rechtsgültige Verfügung erachtet, wenn der Erblasser den Vertragserben im Erbvertrage mit Vermächtnissen zu Gunsten Dritter beschwert oder ihm die Restitution des ganzen oder eines Theils des Nachlasses an einen Dritten auferlegt, und bezeichnet man solche Dispositionen, woran der honorirte Dritte keinen Theil zu nehmen braucht, woraus er dann aber auch nicht sofort ein festes Recht, was ihm der Erblasser nicht wieder einseitig entziehen könnte, erhält, sogar mit einem eigenen Kunstnamen, dem der conventionellen Fideicommisse. (Harprecht de fideic. convent. th. 15—18. 31. Disser. acad. Vol. II diss. 52. — Stryk, de succ. ab int. Diss. 8 cap. 9 § 4 sq. — Boehmer, Exerc. ad P. II exerc. 31 cap. 1 § 1—6, cap. 2 § 10.) Dies liegt denn auch im praktischen Bedürfnisse, indem der Erblasser doch nicht mit Jedem, dem er nach seinem Tode etwas von seinem Vermögen zuwenden möchte, einen besonderen Erbvertrag abschließen, oder ihn am Hauptvertrage participiren lassen kann, und es ist das namentlich in gemischten Dotalverträgen und den Verträgen mit dem Anerben so sehr gebräuchlich, daß man es, wo überhaupt Erbverträge gelten, unbedenklich als etwas ansehen kann, welches ein allgemeines deutsches Herkommen für sich hat. (Seuffert, Archiv VII Nr. 68.) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1831: Die Verfügungen, welche in einer omnium bonorum donatio mortis causa wegen Ueberlassung gewisser Summen oder Sachen an andere Personen getroffen sind, behaupten ihre Gültigkeit vermöge deutsch-rechtlicher Grundsätze von Erbverträgen, als ein zu Gunsten dritter Nichtmitcontrahenten errichtetes pactum restitutivum. Runde, deutsches Privatr. § 658, 661. (Emminghaus, Pand. des gem. Sächs. R. S. 155 Nr. 211.)

[2]) Hartmann S. 41. — So bestimmt auch der Großh. Hessische Entw. Art. 551. „Verfügungen, welche ein Ehegatte zu Gunsten Dritter im Erbvertrage getroffen hat, sind widerruflich. — Der Widerruf kann gültig von dem verfügenden Ehegatten einseitig geschehen, wenn der als Erbe berufene Ehegatte nur als verpflichteter Theil erscheint."

[3]) Erkenntniß des O.-G. zu Wolfenbüttel von 1860: Die durch einen Erbvertrag dritten nicht mitcontrahirenden Personen auf den Todesfall des Längstlebenden zugesagten Rechte können nach dem Tode des einen Contrahenten von dem überlebenden einseitig nicht aufgehoben werden. (Zeitschr. für Rechtspfl. in Braunschweig. 1860 S. 25.)

b. In Beziehung auf den Dritten unterliegt gleicher Beurtheilung der Fall, wenn Jemand in einem Erbvertrage, der nur einen Theil seines künftigen Nachlasses umfaßt, zugleich rücksichtlich der ihm zur freien Verfügung verbliebenen übrigen Theile letztwillige Anordnungen zu Gunsten eines Dritten trifft (s. oben Nr. 13). Hier besteht zwischen diesen und dem Erbvertrage nur eine äußere, formelle Verbindung. Sie berühren einander gar nicht. Eben deshalb aber bleibt der spätere Widerruf der gedachten Verfügungen ohne allen Einfluß auf den Vertragserben. Nur hierin zeigt sich ein wesentlicher Unterschied dieses Falles von dem vorigen. So wenig jene in zufälligem Zusammenhange mit dem Erbvertrage getroffenen Verfügungen eine Beschränkung des Vertragserben enthalten, so wenig kann der Wegfall derselben eine Erweiterung der Rechte des Letzteren herbeiführen. Der Widerruf der einem Dritten gemachten Zuwendungen kommt daher allein den Intestaterben zu Statten.

c. Ganz anderer Art ist der Fall, wenn in einem Erbvertrage von den vertragschließenden Theilen oder einem derselben letztwillige Zuwendungen für einen Dritten ausbedungen worden sind. Diese bilden alsdann einen Bestandtheil des Vertrages selbst und können ebendeshalb nur mit Zustimmung beider Theile wieder aufgehoben werden.[1])

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 18. Oktober 1845: Ein zu Gunsten eines Dritten geschlossener Erbvertrag bindet nach dem durch die Praxis gebildeten heutigen Recht den Promittenten, in der Weise jedoch, daß der zu Gunsten des Dritten Stipulirende den Promittenten bis zu dem etwanigen Hinzutreten weiterer, diese Befugniß beschränkender Umstände von seinem Versprechen befreien kann. Ist aber der Wille des Stipulators, z. B. durch den Tod, ein unwiderruflicher geworden, so erlangt der Dritte auch ohne früher erklärten Beitritt ein klagbares Recht.

(Seuffert, Archiv VIII Nr. 64.)

[1]) So bestimmt der Hessische Entwurf Art. 551 (im Anschlusse an die oben S. 384 Note 2 angeführte Vorschrift): „— Dagegen kann der Widerruf gültig nur von beiden Eheleuten gemeinschaftlich geschehen, wenn der als Erbe berufene Ehegatte jene Verfügungen zu Gunsten der Dritten sich, dem verfügenden Ehegatten gegenüber, ausbedungen hat." In den Motiven (S. 211) wird darüber gesagt: Hat sich umgekehrt der als Erbe berufene Ehegatte jene Verfügung zu Gunsten eines Dritten, dem verfügenden Ehegatten gegenüber ausbedungen, so erlangt er auch auf deren Festhaltung ein Recht, welches der promittirende Ehegatte einseitig nicht mehr entziehen kann. Eben darum wird hier zum gültigen Widerruf der übereinstimmende Wille beider Ehegatten vorausgesetzt.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom 6. November 1849: Mag man die Zuläßigkeit von Verträgen zum Besten dritter Personen nach dem heutigen praktischen Recht noch so sehr beschränken: so viel steht jedenfalls fest, daß heutzutage Erbverträge zu Gunsten Dritter stattbaft und wirksam sind. Der Dritte aber, zu dessen Gunsten von andern Personen contrahirt worden ist, erwirbt aus deren Vertrage erst dann ein Recht, welches er klagend verfolgen kann, wenn entweder er selbst diesem Vertrage beigetreten ist, oder wenn sonst die Paciscenten nicht mehr berechtigt sind, den Vertrag aufzuheben. Der letztere Fall tritt mit dem Tode des einen oder des andern Contrahenten ein. Was aber den ersten Fall einer unabänderlichen Wirksamkeit des Vertrags für den Dritten anlangt, so sind die Rechtslehrer heutzutage darüber einverstanden, daß, so lange der Dritte, zu dessen Gunsten von Andern paciscirt worden ist, seinen Beitritt zu dem Vertrage noch nicht erklärt hat, die letzteren denselben ungehindert wieder aufheben können, und daß mithin ein gesichertes, klagbares Recht für den Dritten erst durch jene Erklärung entsteht.[1])

(Seuffert, Archiv III Nr. 74.)

Aufhebung der Erbverträge.

§ 647. «So weit Testamente wegen nicht eintreffender Bedingungen, wegen des von dem Erben verursachten Todes des Erblassers oder wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, sowie überhaupt durch Zufall entkräftet, oder vereitelt werden; so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig. (§ 478—518. § 599. 600. 601. 563.)»

22. Eine wichtige, noch nicht zum Abschlusse gelangte Streitfrage ist:

ob die einem Erbvertrage beigefügte unerlaubte Bedingung den ganzen Vertrag entkräfte, oder, wie bei letztwilligen Verordnungen, als nicht hinzugefügt gelte.[2])

---

[1]) Vergl. auch das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 10. Mai 1852. (Ebendas. V Nr. 299.) desgl. den in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" IV S. 281 f. mitgetheilten Rechtsfall.

[2]) Beseler II. 1 S. 268—270. Koch, Recht der Forderungen II. S. 271 f. (2. Ausg.). Kurlbaum, Unerlaubte Bedingungen bei Erbverträgen (in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" III. 1859 S. 215 f.). Fr. Scharnweber, der letzte Wille und der Erbvertrag S. 62—86. G. Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen S. 51—53. Derselbe, Ueber den Einfluß unerlaubter Bedingungen auf Erbverträge, mit besonderer

Beseler a. a. O., dem auch Albrecht in der angeführten Rezension S. 336 beistimmt,[1]) bemerkt hierüber:

„Für die moralisch unmögliche und affirmative physisch unmögliche Bedingung möchte ich die Grundsätze der Vertragslehre auch bei dem Erbeinsetzungsvertrage eintreten lassen. Denn wer dazu beiträgt, durch seinen Consens ein Geschäft contra bonos mores zu machen, verdient nicht, aus demselben einen Vortheil zu ziehen; und wer vertragsmäßig eine unmögliche Bedingung übernimmt, hat es sich selbst zuzuschreiben, wenn das Geschäft dadurch für ihn verloren geht. Man kann hiergegen nicht einwenden, der Testamentserbe willige durch die Antretung auf gleiche Weise in die Bedingung ein: denn in diesem Fall gilt sie ja für nicht hinzugefügt, das Testament war also schon vor der Antretung davon gereinigt." [2])

Berücksichtigung eines von dem K. Preuß. Ober-Tribunal entschiedenen Rechtsfalles (in der Deutsch. Ger.-Ztg. 1861 S. 329 ff.). Vergl. dazu die Anticritik Fr. Scharnweber's in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" VII (1863) S. 491—506.

[1]) desgleichen v. Gerber System § 260: Erbverträge sind von Anfang an nichtig, wenn unmögliche Bedingungen hinzugefügt sind. Es liegt in der Natur des Verhältnisses, daß man hier den Vertragscharakter entscheiden läßt.

[2]) Gegen diese Ansicht macht Hartmann (in der Deutsch. Ger.-Ztg. a. a. O.) geltend: Früher hat man den inneren Grund der Verschiedenheit des Einflusses unerlaubter Bedingungen auf Verträge und auf Testamente meistens darin finden wollen, daß bei einem Vertrage der Acceptant nicht minder Antheil an der unerlaubten Bedingung habe, als der Promittent, während bei einer einseitigen letztwilligen Disposition der Honorirte ganz unschuldig sei an der Hinzufügung der Bedingung. Wie viel äußeren Schein nun aber auch diese Erwägung auf den ersten Blick haben mag, so hält sie doch eine tiefere Prüfung keineswegs aus. Regelmäßig wird die Stellung der Bedingung von dem Promittenten ausgehen, während der Acceptant, der natürlich viel lieber ein unbedingtes Versprechen hätte, dem Geiste nach lediglich die Haupterklärung billigt und die Nebenbestimmung nur duldet, weil er einmal muß; ausnahmsweise aber kann, ohne daß doch dadurch die gesetzliche Regel ausgeschlossen wird, auch bei einseitigen letztwilligen Dispositionen die Bedingung der Sache nach vom Honorirten veranlaßt sein, der, da er sich vielleicht auf eine unbedingte Honorirung gar keine Hoffnung machen kann, den künftigen Erblasser zu einer bedingten überredet. — Der wahre, wenn auch den Gesetzgeber vielleicht nur unbewußt leitende Grund ist kein anderer als der, welchen Savigny ausgeführt hat: daß nämlich bei Verträgen, falls man einfach die unzuläßige Bedingung streichen wollte, der Promittent über seinen Willen hinaus gebunden und so der ganze Charakter des Geschäfts verändert wäre, — indeß wenn es sich um die Bestimmung der Beerbung eines Verstarbenen handelt, jenes Bedenken ausgeschlossen ist und

Dieser Ansicht schließt sich auch Scharnweber a. a. O. unter Hinweisung auf Eichhorn, Mauerbrecher, Savigny und Gerber an und sucht dieselbe insbesondere auch als die nach Preußischem Recht allein richtige darzustellen. Dasselbe geschieht von Koch (a. a. O. und in seinem Comm. zu § 647 d. T.) mit scharfer Kritik der entgegengesetzten Ansicht unseres Ober-Tribunals,[1]) welche wiederum von Kurlbaum a. a. O. vertheidigt wird.

Eine eigenthümliche Ansicht stellt Hartmann auf. Er sagt im Anschlusse an die in der vorigen Note mitgetheilte Erörterung:

> Betrachten wir nun aus diesem Gesichtspunkte eine durch den Tod ihres Urhebers bestätigte, von der Gefahr einer abändernden Disposition schon faktisch freie vertragsmäßige Erbeinsetzung: so ist klar, daß jene ratio dubitandi der Streichung der Bedingung nicht im Wege steht. Faßt man dagegen die Lebenszeit des Erblassers ins Auge, mit Rücksicht auf die Möglichkeit des Widerrufs: so erschiene offenbar bei rechtlicher Nichtbeachtung der Bedingung der Erblasser wider seinen Willen als unbedingt gebunden, d. h. der Rechtsbestand einer späteren Disposition wäre selbst für den Fall in Frage gestellt, daß die beigefügte (unzuläßige) Bedingung defizirte . . . Soll man nun deshalb das ganze Geschäft durch die ungültige Bedingung vernichten lassen? Dies würde nimmermehr gerechtfertigt sein: ebensowenig, wie die Bedingung einfach daraus gestrichen, oder (da sonst der vom Gesetz gemißbilligte indirecte Zwang doch wirken, resp. der etwa zur Bedingung gemachte unsittliche Zweck gefördert werden würde), sei es auch nur bei Lebzeiten des Erblassers, respectirt werden dürfte. Vielmehr ist hier eben in dem s. g. Erbvertrage die letztwillige Disposition von dem damit verbundenen vertragsmäßigen Elemente, aus welchem der Ausschluß des Widerrufs folgt, durchaus zu trennen. Dies vertragsmäßige Element wird durch die Beifügung der unsittlichen resp. sonst gesetzlich mißbilligten Bedingung vernichtet, so daß also der Widerruf frei bleibt; dagegen bei der (unwiderrufenen) Bestimmung über die Beerbung an sich, bei dem letztwilligen Elemente, wird die Bedingung gestrichen, weil eben für dieses der innere zur Vernichtung zwingende Grund gar nicht mitzutrifft . . .[2])

---

so die Wahl zwischen der Alternative vom Rechte zu Gunsten der Aufrechthaltung jener Bestimmung gelöst werden kann.

[1]) Erkenntniß vom 2. Juni 1856 und vom 19. Februar 1858. (Striethorst, Archiv B. 26 S. 13 f. und B. 27 S. 293 f.)

[2]) Unger § 26 Note 14 erklärt diese Ansicht für unhaltbar. „Es ist eben nicht richtig, daß die der vertragsmäßigen Erbeinsetzung beigefügte Bedingung sich von selbst auch auf den Widerrufsverzicht beziehe und diesem inhärire: der Verzicht auf den Widerruf ist vielmehr ein ganz unbedingter, indem der Testator ohne

Was unser Preußisches Recht betrifft, so dürfen wir eine Entscheidung der Streitfrage gar nicht in dem § 647 d. T. suchen. Denn wenn hier bestimmt ist, daß Erbverträge „wegen nicht eintreffender Bedingungen" gleich Testamenten entkräftet werden, so sind damit natürlich rechtlich wirksame Bedingungen gemeint. Aber es ist mit keinem Worte gesagt, daß die bei Testamenten über die Zulässigkeit und rechtliche Wirksamkeit der Bedingungen geltenden Grundsätze auch auf Erbverträge Anwendung finden.

Die Entscheidung gibt allein der im § 137 Tit. 4 aufgestellte allgemeine Grundsatz an die Hand:

> „Ob dergleichen Bedingungen (unerlaubte) die Erklärung entkräften, oder für nicht beygefügt zu erachten sind, ist nach den verschiedenen Arten der Willenserklärungen in den Gesetzen besonders bestimmt. (Tit. 5 § 227 ff., Tit. 12 § 63.)"

Also nur die Art, nicht der Inhalt der Willenserklärung gibt das Kriterium ab. Es tritt hier nicht der Gegensatz zwischen Verfügungen unter Lebenden und Verfügungen von Todeswegen hervor, sondern das allein Entscheidende ist der Gegensatz zwischen einseitigen und vertragsmäßigen Willenserklärungen.[1])

Hiernach trage ich kein Bedenken, mich den Ausführungen Koch's und Scharnweber's anzuschließen.[2])

Dasselbe Prinzip stellt auch das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch § 1251 auf:

> „Was von Bedingungen bei Verträgen überhaupt gesagt worden

---

weiteres darauf verzichtet, die bedingte Erbeinsetzung zu widerrufen. Bedingungen können bei Erbverträgen sowohl dem Widerrufsverzicht für sich als der Erbeinsetzung für sich beigefügt werden: so wenig nun im ersteren Fall die Bedingung sich mittelbar auf die Erbeseinsetzung bezieht, so wenig inhärirt sie im letzteren Fall dem Verzicht. Freilich, wenn die der Erbeinsetzung beigefügte Bedingung noch bei Lebzeiten des Erblassers vereitelt wird, so hat er den Widerruf wieder frei; allein in diesem Fall ist ein eigentlicher Widerruf nicht nur nicht nöthig, sondern wegen Mangels an Objekt nicht einmal möglich. Die Uebertragung der Bedingung von der Erbeinsetzung auf den Verzicht und die Behandlung desselben nach den Regeln bedingter Verträge erscheint somit als ungegründet."

[1]) Dieser Gegensatz ist auch im § 2 d. T. ausdrücklich hervorgehoben.

[2]) Gleicher Ansicht sind Gräff, General-Theorie der Verträge S. 56, Crelinger, System des Preuß. Erbr. § 108, Bornemann, Rechtsgeschäfte S. 174 und System VI S. 150, 151.

ist, muß auch auf Erbverträge zwischen Ehegatten angewendet werden." [1])

desgleichen der Großh. Hessische Entwurf Buch II Art. 542:

„Die bei Verträgen geltenden gesetzlichen Vorschriften über die Zulässigkeit und die Wirkungen der Bedingungen und Zeitbestimmungen leiden auch auf den Erbvertrag Anwendung."

während das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2549 verordnet:

„Die Erwerbung von Erbschaften, Vermächtnissen und Anwartschaften aus einem Erbvertrage, insbesondere die Wirkung beigefügter Bedingungen, ist nach den Vorschriften über die Erbfolge aus einem letzten Willen zu beurtheilen."

23. Der im § 647 angedeutete Fall der Aufhebung eines Erbvertrages „wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder" wird im gemeinen Rechte durch die Parömie ausgedrückt: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung." [2]) So verordnet das Fürstl. Bamberg'sche Land-Recht von 1769 Th. I Cap. 2 Tit. 9 § 3:

„Werden nach der Zeit eines solchen eingegangenen Pacts Kinder nachfolgen, und zur Zeit, wo eines der Ehe-Leuten und Eltern

---

[1]) Unger § 26 Note 14 tadelt diese Bestimmung als aus der älteren unrichtigen Auffassung hervorgegangen, daß der Promissar im Erbvertrag das unter unmöglichen oder unerlaubten Bedingungen gemachte Versprechen der Erbschaft oder die auf unmögliche oder unzuläßige Bedingungen gestellte Erbeinsetzung selbst annehme, während er in der That doch nur den Verzicht auf den Widerruf der bedingten Erbeinsetzung unbedingt acceptirt.

[2]) Hertius, paroem. germ. I. 71. Pufendorf, Obs. jur. univ. II obs. 173 § 2. Beseler II. 2 S. 143 bemerkt hierüber: Man pflegt die Regel aufzustellen: Kinderzeugen bricht Ehestiftung; allein dieses Rechtssprichwort leidet mit vielen andern an Unbestimmtheit, und ist nur mit Vorsicht zu gebrauchen. Ganz allgemein hingestellt würde darin die wunderliche Ansicht liegen, daß unsere Vorfahren regelmäßig eine kinderlose Ehe in Aussicht genommen haben, und daß auch jetzt noch eine solche Annahme zu vermuthen sey. Jedenfalls denkt man bei der Ehestiftung in diesem Fall an eine darin enthaltene Erbeseinsetzung, aber auch unter dieser Voraussetzung gilt die Regel nur dann, wenn entweder die Bedingung der Kinderlosigkeit dem Erbvertrage ausdrücklich hinzugefügt, oder das Notherbenrecht der Kinder nicht gewahrt worden ist, wie es hier so gut geschehen kann, als bei der Berücksichtigung des postumus im Testamente. Es treten also die allgemeinen Grundsätze über die Einwirkung des Notherbenrechts auf die Erbeinsetzungsverträge ein, ohne daß namentlich das besondere Recht der Schenkung zur Anwendung käme: durch die Geburt von Kindern, welche nicht auf die gehörige Art berücksichtigt worden sind, wird das Geschäft rumpirt, jedoch, wenn sie vor den Eltern sterben, nach Analogie des Testaments aufrecht erhalten. Dieß gilt aber so

verstorben, annoch vorhanden seyn; So höret der Erb-Pact völlig auf; obwohlen der Dritte als Erbfolger darvon vorhero Nachricht erlanget, und solchen bereits angenommen hätte."

während das Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 11 § 1 bestimmt:

„13tio Per Agnationem sui Haeredis aut Supervenientiam Liberorum, werden dergleichen Gedinge niemal entkräftet, sondern bleiben nichtsdestoweniger (salva tamen Legitima) bey Kraft . . ."

Entsagungsverträge.[1])

§ 649. «Verträge, wodurch einer künftigen bestimmten Erbschaft entsagt, oder die Theilung einer solchen Erbschaft im Voraus angeordnet ist, gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind.»

§ 650. «Zu Gunsten eines Fremden gelten dergleichen Verträge nur alsdann, wenn derjenige, über dessen Nachlaß verfügt werden soll, dem Vertrage als Mitcontrahent ausdrücklich beitritt.»

§ 651. «Im letzteren Falle ist aber auch dieser künftige Erblasser an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag gebunden, und darf, demselben zuwider, so wenig durch Testamente, als durch spätere Erbverträge etwas verfügen.»

§ 652. «Es begreift also dergleichen gültige Entsagung des gesetzlichen Erbrechts auch die des Erbrechts aus

---

gut für die Erbeseinsetzungen der Ehegatten während der Ehe, sehen es vertragsmäßige oder testamentarische, wie für solche, die bereits in den Ehestiftungen gemacht worden sind; ja im ersteren Fall wird man weit eher dazu kommen, nicht an eine Nachkommenschaft zu denken, namentlich wenn die Ehe schon längere Zeit kinderlos war.

Vergl. Runde, deutsch. ehel. Güterrecht S. 356. — Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich, 1838) Nr. 228.

[1]) Hasse im Rhein. Museum II. S. 161—163, S. 218—241. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen II. 2 S. 215—345. Buddeus in Weiske's Rechtslexicon IV S. 28—31. Gerber, System des deutsch. Privatr. § 264. Walter, System §§ 436—439. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 243. v. Keller, Pandekten § 474.

einer letztwilligen Verordnung, so wie umgekehrt, unter sich.»

§ 653. «Wenn der, über dessen künftige Erbschaft ein solcher Vertrag (§ 650) geschlossen wird, eine verbindliche Willenserklärung abzugeben unfähig ist, so kann zwar der Vertrag, auch ohne seinen Beitritt, gültig geschlossen werden;»

§ 654. «Alsdann ist aber die gerichtliche Aufnehmung und Abschließung desselben zu seiner Gültigkeit nothwendig.»

24. Wie durch Vertrag „Rechte auf einen künftigen Nachlaß" geschaffen, so können auch durch Vertrag solche Rechte aufgehoben werden. Dem Erbeinsetzungsvertrage entspricht als Gegensatz der Enterbungsvertrag[1]) — das dem künftigen Erblasser gegenüber Seitens des natürlichen Erben vertragsmäßig erklärte Aufgeben seines Rechts auf künftige Beerbung.[2])

An diesem Vertrage können aber auch mehrere Personen Theil nehmen: „an den Promittenten schließen sich vielleicht seine Erben an, um der ganzen Beredung eine größere Sicherheit zu geben; und auf der andern Seite wird vielleicht Derjenige hinzugezogen, zu dessen Besten der Vertrag geschlossen wird, um ihm daraus ein selbständiges Recht unmittelbar einzuräumen."[3]) Immer aber bleibt die Mitwirkung des Erblassers ein wesentliches Element dieses Vertrages. Fehlt das-

---

[1]) wie Hasse den Erbverzicht bezeichnet.

[2]) Gerber a. a. O.: Das Richtige ist, den Erbverzicht als einen Vertrag (ohne obligatorischen Charakter) über das schon jetzt vorhandene Recht auf ein zukünftiges Erbrecht anzusehen, wie dies auch von Beseler (S. 233 f.) geschieht; nur hat dies, was Beseler übersieht, als Inhalt eines Vertrages mit dem Erblasser nur dann einen juristischen Sinn, wenn man dieses Recht in seiner die Dispositionsbefugniß des Erblassers beschränkenden Wirkung zum Inhalt des Geschäfts macht. Hiernach ist der Erbverzicht das Geschäft, in welchem der künftige Erbe auf die aus dieser Eigenschaft hervorgehenden Beschränkungen des künftigen Erblassers verzichtet. Bluntschli, § 243 (3. Auflage, 1864): Der Erbverzicht ist ein Vertrag zwischen dem natürlichen Erben und dem Erblasser, durch welchen jener sein Erbrecht (sowohl als Wartrecht, als für den Fall des Todes als wirkliches Recht zur Erbfolge) freiwillig aufgibt. Der Erbvertrag löst die Erbverbindung zwischen dem Erblasser und Erben, sein Gegenstand ist das Erbrecht selbst, seine Wirkung folglich eine erbrechtliche.

[3]) Beseler S. 236.

selbe, ist also der Verzicht auf die noch nicht angefallene Erbschaft lediglich den Mit- oder Nacherben gegenüber abgegeben, so liegt ein nach ganz anderen Grundsätzen zu beurtheilendes Rechtsgeschäft vor — ein Vertrag über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten (pactum de hereditate tertii viventis).[1]

Unser Landrecht hat in den vorangestellten Vorschriften diese beiden wesentlich verschiedenen Rechtsgeschäfte nicht gehörig auseinandergehalten, und hierin ist wohl auch der Grund zu suchen, weshalb dasselbe den Verträgen über eine künftige Erbschaft überhaupt ohne Unterschied, ob sie erbrechtlicher oder bloß obligatorischer Natur sind, eine Wirksamkeit beigelegt hat, wie sie denselben im gemeinen Rechte niemals zugestanden worden ist.

Fassen wir zunächst den erstgedachten, allein auf dem Boden des Erbrechts stehenden Vertrag, nämlich

A. den mit dem künftigen Erblasser abgeschlossenen Erbverzichtsvertrag

in's Auge.[2]

Dem römischen Recht war derselbe gänzlich fremd.[3]

---

[1]) Beseler II. 1 S. 24 f.: Während der Erbvertrag auf die Beerbung geht, und entweder ein wahres Erbrecht begründet oder aufhebt, so kommt der Vertrag über die Erbschaft eines Dritten nur mittelbar zu demselben Resultat, indem dadurch bloß eine Obligation construirt wird auf die Herausgabe der nach dem Tode des Erblassers dem ursprünglichen Erben deferirten Verlassenschaft. Ein Erbrecht kann dadurch nicht hervorgerufen werden, weil nur der Erblasser befugt ist, gegen die gesetzliche Regel die Succession in seinen Nachlaß zu verändern; die Macht des künftigen Erben aber nicht weiter geht, als die Herausgabe der Erbschaft zu versprechen, und zwar auf den Fall, daß er wirklich Erbe geworden ist. Das Geschäft gehört also ins Obligationenrecht, so gut wie die hereditas vendita; denn wenn auch der Vertrag unter verschiedenen Umständen geschlossen ist, so bleibt doch sein Effect im Wesentlichen derselbe. Vergl. auch Hasse S. 218 ff.

[2]) Eine besondere Unterart desselben bildet der Erbverzicht bei der Abschichtung der Kinder, welchen das Allgem. Landrecht Th. II Tit. 2 §§ 357, 358, §§ 368—377 und §§ 484—488 erwähnt. Von diesem kann erst im Familien-Erbrechte gehandelt werden.

[3]) Hasse, S. 162: Daß auch der renunciative Erbvertrag (Enterbung durch Vertrag) nach röm. Recht ganz nichtig sei, leidet gar keinen Zweifel... Es erklärt sich dies aus der genauen und absoluten Sonderung des testamentarischen von dem gesetzlichen Erbrechte. Das Testament enterbte stillschweigends oder, wo es nöthig war, durch einseitige Verfügung, und ein gesetzlicher Erbe konnte dabei nie vorkommen, als nur insofern er das Testament umstieß; in

Er ist als ein unter dem Einflusse des germanischen Rechts entstandenes gewohnheitsrechtliches Institut zu betrachten.[1])

---

die gesetzliche Erbfolge durfte aber auch durch keine Privat-Verfügung, selbst nicht durch einen Vertrag eingegriffen werden. In dieser Art äußert sich darüber Papinian in l. 16 D. de suis (38, 16): Pater instrumento dotali comprehendit, filiam ita dotem accepisse, ne quid aliud ex hereditate patris speraret. Eam scripturam jus successionis non mutasse constitit. Privatorum enim cautionem legum auctoritate non censeri. (Holoander's: privatorum enim cautione legum authoritati non noceri, ist wohl sicher nur eine bloße Conjectur, und die wahre Lesart hat den Sinn: eine Beliebung unter Privatpersonen kann nicht der auctoritas legum gleichgeschätzt werden.) Und nicht anders Alexander Severus in l. 3 C. de collat. (6, 20): Pactum dotali instrumento comprehensum, ut contenta dote, quae in matrimonio collocabatur, nullum ad bona paterna regressum haberet, juris auctoritate improbatur, nec intestato patri succedere filia ea ratione prohibetur. Dotem sane, quam accepit, fratribus qui in potestate manserunt, conferre debet. Vielleicht mochte es auch für einigermaßen unwürdig gehalten werden, wenn ein Römer oder eine Römerin sich so zwangsmäßig zum voraus von einem Erbrecht ausschlossen, was ihnen das Gesetz gewährt hatte; und ob l. 4 C. de inut. stip., indem sie die guten Sitten der Gültigkeit entgegensetzt, den Enterbungsvertrag mit meint, läßt sich nicht mit Bestimmtheit beurtheilen.

Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts I (Leipz. 1863) S. 48 f.: Sich durch Vertrag einen Erben zu bestimmen, dergestalt daß der Mitcontrahent dadurch einen directen und unmittelbaren Anspruch auf die Erbfolge erhielte, war bei den Römern schon deshalb unmöglich, weil das Gesetz, welches die erbrechtliche Succession regelt, wohl durch eine lex specialis, wie das Testament ursprünglich eine solche darstellte, aber nicht durch die privative Uebereinkunft der Parteien abgeändert werden kann... In gleicher Weise entbehrt der vertragsmäßige Erbverzicht aus den hinsichtlich des Erbeinsetzungsvertrages angeführten Gründen aller Wirksamkeit. (Man war für den Erbverzicht von jeher geneigter anzuerkennen, daß schon die Consequenz des Rechtes, nicht bloß die Rücksicht auf die boni mores seine Wirksamkeit ausschließe.)

[1]) Noch das canonische Recht bestätigte das Verbot des röm. Rechts und erklärte nur aus religiösen Gründen den Erbverzicht ausnahmsweise dann für gültig, wenn derselbe eidlich bekräftigt worden. (Papst Bonifacius VIII. c. 2 de pactis in 6to 1, 18: Quamvis pactum patri factum a filia, dum nuptui tradebatur, ut dote contenta nullum ad bona paterna regressum haberet, improbet lex civilis; si tamen juramento non vi nec dolo praestito firmatum fuerit ab eadem, omnino servari debebit; cum non vergat in aeternae salutis dispendium, nec redundet in alterius detrimentum). Hieran hielt sich eine Zeitlang die Theorie der Juristen als an das gemeine Recht. (Leyser, Medit. ad P. spec. 45.) Allein die Praxis behandelte insgemein dem deutschen Herkommen gemäß die vorkommenden Erbverzichte auch ohne Eid als gültig, und endlich wurde dieses von der Jurisprudenz als gemeinrechtlicher Grundsatz anerkannt. Walter § 436. Vergl. Beseler II. 2 S. 242 f.

v. Hahn, die materielle Uebereinstimmung der röm. und german. Rechtsprincipien (Jena, 1856) S. 583 f.: Ein Erbverzicht mit der Wirkung, eine ohne denselben eingetretene Delation an den Verzichtenden gar nicht entstehen zu lassen, mußte nach römischem Recht unmöglich sein, da die Delation selbst von dem Willen des Erben unabhängig ist und einzig und allein auf einem natürlichen Zustand oder einer Thätigkeit des Erblassers beruht, durch welche neben dem Ausschluß der Delation an den Einen die Delation an den Anderen hervorgebracht wird (Enterbung und Erbeinsetzung). Derselbe ist aber auch deßwegen als reiner Vertrag in jedem Recht unmöglich, in welchem eine Delation der Erbschaft als ein besonderes Moment vorkömmt. — Im alten deutschen Recht zerstörte ein Erbverzicht keineswegs die Delation, denn diese war als besonderes Moment nicht vorhanden, sondern er hob das eventuelle Recht an der Erbschaft selbst auf. Eine Aufhebung dieses Rechts ließ aber das alte Recht durch einen Vertrag mit dem Erblasser selbst deßwegen zu, weil das Erbrecht als ein bei Lebzeiten des Erblassers schon existirendes und dem Erblasser gegenüber wirksames aufgefaßt wurde. Als diese Wirkung unter Lebenden verschwand und die Delation von der Erwerbung getrennt wurde, konnte der Vertrag mit dem Erblasser an sich nicht mehr wirksam sein, und, mit dem Miterben oder den später Berufenen abgeschlossen, konnte er nur eine obligatorische Wirkung äußern. Wenn man nun aber doch eine Wirkung des Erbverzichts auf die Delation annahm, so kann dieß nur so construirt werden, daß, wie man den Vertrag mit dem zu Instituirenden als eine gültige Form (Solennität) des letzten Willens hinsichtlich der Einsetzung eines Erben betrachtet, man den Vertrag mit dem zu Enterbenden auch als gültige Form der Enterbung annimmt, und, da die Abhängigkeit der Wirksamkeit der Enterbung von der Institution eines anderen Erben und der Wirksamkeit derselben nur auf der specifischen Natur des Testaments beruht, man die durch den Vertrag solennisirte Enterbung auch an sich formell zuläßt. Das Hauptgewicht fällt also auf die Willensäußerung des den Verzicht acceptirenden Erblassers, die Willensäußerung des Verzichtenden dagegen garantirt die Wirksamkeit der Enterbung, da durch dieselbe das Recht der Anfechtung derselben aufgegeben ist.

„Die ersten Andeutungen über den Erbverzicht finden sich (nach den Mittheilungen Beseler's II. 2 S. 221 f.) bei den Geschäften, in welchen die Zustimmung der nächsten Erben bei Veräußerungen von Grundstücken enthalten ist. Daran schließen sich später zwei besondere Arten des allgemeineren Erbverzichts an, nämlich derjenige, welcher unter dem Adel, namentlich bei der Verheirathung der Töchter gebräuchlich ward, und derjenige, welcher sich bei der Abschichtung der Kinder aus der Were findet. Auch die späteren Quellen zeigen, daß der Erbverzicht in einer ganz allgemeinen Anwendung nicht gebräuchlich gewesen ist, und selbst in den Fällen, wo er vorkam, war man weit entfernt, an eine consequente Durchführung der Vertragslehre zu denken. Es blieb daher auch in dieser Beziehung den gelehrten Juristen überlassen, das Institut der Erbverträge seinem Prinzip und seiner allge-

meinen Geltung nach in das deutsche Recht einzuführen . . ." Die Juristen faßten den Erbverzicht als Unterart des Erbvertrages auf und ließen ihn daher an den allgemeinen Schicksalen Theil nehmen, welche diese Lehre in der Theorie erfahren hat. So kamen sie dahin, ihn als ein allgemein geltendes Institut darzustellen.[1])

---

[1]) Groenewegen, tr. de leg. abrog. et innsit. ad l. 15 C. 2, 3 (s. oben S. 320). Carpzov, Jurispr. for. P. II const. 35 def. 6: In terris Electoratus Saxonici filia non nisi cum juramento paternae hereditati firmiter renunciat, licet de jure communi Saxonico valida sit renunciatio simplex, absque juramento facta. Mevii Decis. III. 270: — In Germania hodie per mores vulgatum est, ut non attenta amplius ea juris civilis veteri constitutione pacta successoria valeant, nec juxta hanc amplius jus dicatur, nisi ubi receptum reperitur. Non probata reliqua juris civilis observantia mores sequimur, qui cum sine omni juramento sinunt validam hereditatis renunciationem, tum multo magis ratam facient, quae habet similitudinem juramenti, uti illa reputatur in formula an Eides statt. Wernher, sel. obs. for. Tom. I P. II obs. 430: — Quid ergo circa ejusmodi pacta (hereditatis renunciativa) anxie laboramus, aut ad scrupulosa Legum Romanarum scita recurrimus, ubi ex Juris domestici principiis decisio in promtu est? Aut quid privatorum pacta lacessimus, cum Illustrium personarum conventiones ex eodem Juris patrii principio defendamus? Ex quo illud etiam consequitur, ad validitatem ejusmodi pactorum nec jurisjurandi vinculo opus esse, quod quidem Jus Canonicum exigit; cum ne hoc quidem ea in parte moribus Germaniae generalibus praelatum, et eorum rationem summam, fidem, injuratam licet, servandam, rejectam esse ostendi possit. Quocirca peculiaris licet consuetudo loci haud appareat, non tamen ex peregrinis, sed domesticis iisque universalibus principiis, ejusmodi conventionum materiam determinari oportet. Ita Ordo Vitembergensis M. Octobr. 1707 — respondit: „Gestalt ein Jeder der künftigen Succession auch ohne Eyd sich begeben kan; Immaaßen diejenigen Rechts-Lehrer, welche in diesem Fall eine eydliche Bestärkung vor nöthig erachten, sich auf eine irrige Meynung gründen ꝛc." Vergl. auch Tom. III P. I obs. 24. Neque Jure Communi, neque Saxonico Electorali regulariter jusjurandum exigitur a filia, hereditati patris, vel matris renunciante. v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 11 § 2 Nr. 1: — Dergleichen Verzichten (deren objectum in einer zukünftig- und angehofter Succession und Erbschaft bestehet) seynd in der That nichts anders als Pacta successoria, et quidem negativa, weil es hierin wenigist ex parte renunciantis nicht so viel de acquirenda als omittenda Haereditate zu thun ist... So viel nun die Giltigkeit der Erbverzichten überhaupt belangt, will sich hieran so wenig als bey andern Pactis successoriis etwas finden, welches mit dem jure naturali vel divino für incompatibl geachtet werden könnte... Heut zu Tag seynd dergleichen renunciationes, sonderbar jene, welche von adelichen Töchtern zu favor des Mannsstammens ausgestellt zu werden pflegen, sowohl in- als außer Teutschland so allgemein, daß derjenige unter dem Hut nicht recht

Sehen wir nun zu, wie sich die **Gesetzgebung** zu dieser Rechtsentwickelung verhalten hat, so können wir auch hier schon auf den Sachsenspiegel zurückgehen.

Derselbe bestimmt Buch I Art. 13 (nachdem im § 1 gesagt worden: Kinder, **die von den Eltern** mit deren Gut ausgesondert worden, müßten dies Gut in die väterliche oder mütterliche Erbschaft conferiren):

§ 2. „Hadden aver se ir ervedelunge dar an verloft, der solen se umberen, se ne untsegen't uppen hilgen. Verloſden se't aver vor gerichte, so mut men's se bat vertligen, den se's unsculdich muten werden . . .“ [1])

Der Schwabenspiegel Kap. 144 verordnet:

> „Unde sint dâ kind diu ûz gestiuret sint mit gedinge, daz si sich verzigen hânt ir vater guotes, ez si varende guot oder ander guot: so hânt si nit rechtes dar an van daz er ine gerne git.“

---

verwahrt seyn muß, welcher deren Giltigkeit de jure germanico moderno et consuetudinario communi noch in Zweifel ziehen wolle... Mueller, Obs. pract. ad Leyserum Obs. 164: Pacta successoria validitatem suam ex Germanorum moribus accipiunt, quia antiquissimis abhinc temporibus constanti Germaniae usu obtinuerunt; falsum inde est, si eorum valorem ex jure Canonico demum petendum esse statuamus... Quum itaque pacta successoria non secundum jus Romanum dijudicanda sint, sed ex moribus patriis valeant, facile patet, necesse non esse, ut ea ex juris Canonici placitis jurisjurandi vinculo firmentur. S. Stryk, us. mod. P. II. 14 § 24. Hofacker Princ. jur. civ. § 1405 i. f. Gebr. Overbeck, Medit. VI Nr. 324. Emminghaus, Pandekten des gem. Sächs. R. S. 150 f. Nr. 194—207.

[1]) Hasse, a. a. O. S. 186 f. bemerkt dazu: Dieser Artikel spricht offenbar von einem wahren Enterbungsvertrag (renuntiativen Erbvertrag) zwischen den Eltern, welche die Kinder aussteuerten, und diesen Kindern geschlossen, wodurch denn von selbst der Erbtheil der unausgesonderten Kinder zunahm, so daß es eines Vertrags dieser letzteren weder mit den Eltern (Einsetzungsvertrag) noch mit den andern Kindern (obligatorischer Vertrag über die Erbschaft des Dritten) bedurfte; und doch wird dieser Enterbungsvertrag als ein gemeiner obligatorischer Vertrag insofern behandelt, daß eine gerichtliche Vollziehung und Beglaubigung ihn vollkommen gültig macht, der Mangel daran aber nur bewirkt, daß die Verlobung (Verzicht) abgeschworen werden kann. Schilter, Exerc. ad P. 41 § 18. v. Sydow, Erbrecht nach den Grds. des Sachsensp. S. 89, S. 309 f. Beseler II. 2 S. 314 f. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena von 1831: Die Worte des Sachsensp. I. 13, welche Verzichte abgefundener Kinder auf den elterlichen Nachlaß billigen, erlauben die Beschränkung nicht, daß ein mit dem **Vater** geschlossener Erbverzicht,

Umständliche Vorschriften enthält die Landes-Ordnung der Fürstl. Grafschaft Henneberg von 1539 Buch III Kap. 2. „Von Verzigen, wie die beschehen sollen," deren Inhalt in den Summarien dahin angegeben wird:

§ 1. Der Weibs-Person, so ihrer künfftig zuhoffenden Erbschaft renunciiren will, soll vor allen Dingen ein Vormund bestellet werden.

§ 2. Solche Weibs-Person soll nebst ihrem Vormunde und Ehe-Mann vor das Land-Gericht kommen, und die renunciation confirmiren lassen.

§ 3. Wenn adeliche Personen dergleichen vorhaben, so kömmt der Land-Richter zu ihnen in ihre Behaussung.

§ 4. Der Land-Richter soll der Weibs-Person die Beschaffenheit der renunciation nebst den weiblichen beneficiis deutlich erklären, und sie hernach anhalten, die Verzicht zubeschweren.

§ 5. Das, was vorgehende §§ geordnet haben, muß in die notul der renunciation gebracht und von dem Land-Gericht confirmiret werden.

Die „verneute Reformation der Stadt Nürmberg" von 1564 verordnet Th. III Tit. 34 Ges. VII. „Von verzig künftiger wart und Erbfell."

„So ain Minderjährige Person, seiner gerechtigkeit, künftiger wart und Erbfell, entricht und vergnügt würdet, So soll die verzeihung, mit nemlicher Bestimmung des verzigs, solcher wart und Erbfell halben, beschehen.

Es sollen auch dieselben verzeihungen nit creftig sein, sie werden dann durch Personliche Aid, deren, die sich verzeihen, fürbas darwider nit zu thun, vor ordenlichem Gericht fürgenommen und bestettigt, und das die Personen, die sich also verzeiben, achtzehen Jar jres alters erfüllt haben."

Es bestimmen ferner:

das Hamburgische Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 3 Art. 2. „Wann Kinder durch ihre Eltern mit gewissem Gute ausgesteuret, und sie samt zween ihrer nächsten Freunde damit zur Zeit ihrer Eheligung friedlich sind, können sie ferner mit andern ihren Brüdern und Geschwistern, in väter- oder mütterlichen Gütern nicht erben; es sey dann, daß es anders verabschiedet und beredet worden."

---

bezüglich auf den Nachlaß der Mutter, worauf jener buchstäblich sich mit erstreckt, um deswillen ungültig sei, weil die Mutter nicht als Contrahent mit aufgeführt ist. (Emminghaus S. 151 Nr. 197.)

das Statut der Stadt Hildesheim vom 14. April 1637 [1]: „— Wann nun die Eltern ihre Kinder von väter- und mütterlichen Gütern ablegen wollen, das muß vor Uns, dem Rath, geschehen, und deren Vormünderen ein offener Raths-Ablagsbrief oblauts darüber verwillführet werden, sonsten ist es unbindend, und wird den Kindern erster Ehe zu ihrer legitima statutaria, aller dawider aufgerichteter Ehe- und anderer Pakten ohnbehindert, verholfen, die ihnen dann auch ohnbeschweret verbleiben muß . . ."

Am ausführlichsten spricht sich das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 11 §§ 1—9 über diesen Gegenstand, und zwar in der Weise eines Lehrbuches, aus. Von seinen Bestimmungen sind nur hervorzuheben:

§ 2. „Erbschafts-Verzichte werden in freywillige und nothwendige getheilt . . . [2]) Von der ersten Gattung aber ist 1mo das Nämliche zu merken, was in dem nächstvorhergehenden § von Pactis Successoriis überhaupt versehen ist. 2do Wird zwar zur sothanen Verzicht der Eid nicht, wohl aber 3tio bey Weibs-Leuten, oder andern der Rechte unverständigen Personen die Certioration; wie nicht weniger 4to bei minderjährigen Renuncianten der Consens ihrer Aeltern oder Vormünder — erfordert . . ."

---

[1]) „Gemeiner Bescheid, wie Eheleute einander ohne Testament erben; item, wenn Kinder erster Ehe bevormundet und abgelegt werden; auch wie sie sich mit ihrem Nachlasse beerbfällen. Alles aus unverrückt hergebracht alter Gewohnheit, darüber ertheilten Dokumentis und gehaltenen Rathschlägen zusammengetragen. Hildesheim, den 14. April 1637." (Hildesheimische Landes-Ordnungen. Zweiter Theil. Anhang S. 315 f.)

[2]) Diese ganz werthlose Eintheilung beruht darauf, daß nach § 8 „Töchter Edelmanns-Freiheitsfähiger Personen dem alten Herkommen nach ohne allen weiteren Verzicht ipso Jure pro renuntiatis geachtet werden." Mit Recht bemerkt Hofacker § 1405 nota a: Voluntaria tantum renunciatio ullius momenti esse potest. Quae dicuntur necessariae, cum indole negotii pugnant. Bluntschli, Deutsch. Privatr. (3. Aufl. 1864) § 245: — Vorzüglich unter dem hohen Adel wurde der Erbverzicht geradezu durch die Hausgesetze den Töchtern zur Pflicht gemacht, und auch in den reichsritterschaftlichen Familien, zuweilen auch unter dem Landesadel, bildete sich eine ähnliche Observanz aus. Von da an fing man an zwischen dem freiwilligen und dem nothwendigen Erbverzicht zu unterscheiden. Der nothwendige Verzicht wurde so zu einer freilich unpassenden Form, um — ganz abgesehen von dem Willen der Töchter — ein von dem gemeinen Rechte verschiedenes Familienerbrecht einzuführen und festzuhalten. Der Grund der Ausschließung der Töchter war dann nicht mehr der Verzicht, sondern das autonomische Familienrecht, welches zu dem Verzichte nöthigte, und es war nur eine consequente Erweiterung dieses Gedankens, wenn der Verzicht geradezu für überflüßig erklärt und die nichtverzichtende Tochter trotzdem als verzichtend behandelt wurde.

§ 3. „Die vornehmste Wirkung einer Erbschafts-Verzicht besteht 1mo in Ausschließung des Renuncianten von der Erbschaft . . . Solchemnach gehet 5to dießfalls Portio renunciata allen Jenen zu Guten, welche auch sonst auf den Fall, da Renuncians niemal im Leben gewesen wäre, in der übrigen Erbschaft ex Testamento vel ab Intestato von Rechtswegen zu succediren gehabt hätten . . ."

Von den neueren Gesetzbüchern bestimmen:

das Oesterreichische bürgerl. Gesetzbuch § 551. „Wer über sein Erbrecht selbst giltig verfügen kann, ist auch befugt, im Voraus darauf Verzicht zu thun. Eine solche Verzichtleistung wirkt auch auf die Nachkommen." (§ 538. „— Hat jemand dem Rechte etwas zu erwerben überhaupt entsagt, oder auf eine bestimmte Erbschaft giltig Verzicht gethan; so ist er dadurch des Erbrechtes überhaupt, oder des Rechtes auf eine bestimmte Erbschaft verlustig geworden.")[1])

das bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2560. „Verzichte auf Erbschaften, Vermächtnisse und Anwartschaften sind nach den Vorschriften über Verträge zu beurtheilen. Die Formen des Erbvertrages sind dabei nicht erforderlich."

§ 2561. „Der Verzicht eines Familiengliedes auf das gesetzliche Erbrecht verpflichtet die Erben desselben nicht, ausgenommen, wenn der Verzicht zugleich für sie erklärt worden ist."

das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2131. „Wenn Jemand durch Erbvertrag mit dem Erblasser auf sein gesetzliches Erbrecht Verzicht leistet, so wird durch den Verzicht, soweit er reicht, das erbrechtliche Verhältniß des Erben in der Weise zerstört, daß die Erbschaft weder ihm selbst, noch wenn er den Tod des Erblassers erlebt, seinen durch ihn vermittelten Nachkommen anfällt." [2])

---

[1]) Unger § 30: — Durch einen solchen Erbverzicht geht das Erbrecht selbst unmittelbar verloren und der Verzichtende tritt aus dem Kreis der gesetzlichen Erben dergestalt heraus, daß ihm die Erbschaft nicht einmal zum Erwerb angeboten wird. Ein solcher Erbverzicht benimmt auch den Nachkommen des vor dem Erblasser verstorbenen Verzichtleistenden ihr gesetzliches Erbrecht.

[2]) Bluntschli, Erläut. IV S. 184 f.: Der Erbverzicht wird zwischen dem Erblasser und einem gesetzlichen Erben desselben abgeschlossen. Er kann sich auf die ganze Verlassenschaft oder auf einen Theil derselben beziehen. Ferner kann der Erbe ein für alle Mal und nach allen Seiten hin auf sein Erbrecht verzichten oder nur zu Gunsten bestimmter anderer Erben, so daß sein Erbrecht wieder auflebt, wenn diese wegfallen... Die Wirkung des Erbverzichts ist zunächst nur eine negative, indem sie den Anfall der Erbschaft an den verzichtenden Erben hindert, und wirkt nur mittelbar positiv, indem sie die übrigen Erben von der Konkurrenz des verzichtenden befreit. Die letzteren erhalten, wenn sie nicht bei dem Erbverzicht mitwirken und insofern auch einen Erbeinsetzungsvertrag abschließen, kein vertragsmäßiges Recht aus dem Erbverzicht. Sie können daher den Erblasser nicht hindern, den verzichtenden

Das französische Recht, welches den Erbvertrag überhaupt nur in sehr beschränkter Weise anerkennt, versagt dem Erbverzicht jede rechtliche Wirkung.[1])

Was die Form des Erbverzichts betrifft, so besteht hierüber, wie das mitgetheilte Gesetzmaterial ergibt, so wenig in der Gesetzgebung wie in der Doctrin Uebereinstimmung.[2])

Der erbrechtlichen Natur dieses Rechtsgeschäfts, vermöge deren

---

Erben in einem Testament neuerdings zu bedenken. Selbst eine spätere Erbeinsetzung desselben in einem Testament ist ihnen gegenüber gültig. Anders freilich ist es, wenn sie selbst an dem Erbvertrag Theil genommen haben.

[1]) Code civ. art. 791. „On ne peut, même par contrat de mariage, renoncer à la succession d'un homme vivant, ni aliéner les droits éventuels qu' on peut avoir à cette succession."

art. 1130. „— On ne peut renoncer à une succession non ouverte, ni faire aucune stipulation sur une pareille succession, même avec le consentement de celui de la succession duquel il s'agit." art. 1600. „On ne peut vendre la succession d'une personne vivante, même de son consentement."

Brauer, Erläut. über den Code Nap. ꝛc. II S. 244 f. bemerkt dazu: Dieses Verbot des Verzichts auf die Erbschaft lebender Personen und der Veräußerung einstmaliger Rechte (jurium eventualium) an eine solche, besteht auch neben der Stammgutsverfassung bey uns fernerhin. Denn die Töchter der Stammgutsberechtigten werden bey Leben des Mannsstamms und die nachgebornen Söhne im ErstgeburtsErbe, laut unseres Rechts nicht wegen eines Verzichts auf Rechte, die ihnen gegeben wären, ausgeschloßen, sondern kraft des Gesezes, das ihnen die im LandErbe statt findende Rechte im Stammgut durch ein eigenes ZusatzKapitel entzogen hat. Die vormals übliche, im Grund mehr aus Vorsicht gegen Vorwirkungen des römischen Rechts, als aus wahrer Nothwendigkeit und Nüzlichkeit entsprungene Verzichte der StammgutsTöchter werden also hierdurch, da sie als Vorsicht nicht mehr nöthig und in sich nicht mehr wirksam sind, eine durchaus unnüze bedeutungsleere Form, welche um nicht scheinbar sich mit dem Gesez in Gegenstoß zu sezen, besser ganz unterbleibt.

[2]) Bluntschli, Deutsches Privatrecht § 243 (3. Aufl., 1864): Leichter noch als bei den positiven Erbverträgen kam die Ansicht in Aufnahme, daß es für den Erbverzicht keiner bestimmten Form bedürfe. Auch die neueren Gesetzbücher, welche für jene eine sorgfältige Form verlangen, lassen für diesen zunächst jede beliebige Form der Willensäußerung zu. Die ältere Praxis hatte wohl die Bekräftigung des Verzichtes durch Eid gefordert, die neuere aber gibt dem unbeschworenen Verzichte volle Kraft. Offenbar trägt die Verwechselung auch dieses Erbvertrags mit obligatorischen Verträgen die Hauptschuld solcher Zerfahrenheit. Eine strengere, die Freiheit des Willens und die Wahrheit des Verzichts sichernde Form ist aber auch hier ein dringendes Bedürfniß. Das mindeste, was gefordert werden sollte, ist entweder schriftliche, am besten notarialische, oder wenn eine mündliche die gerichtliche oder die Testamentsform.

dasselbe eine Unterart des Erbvertrages bildet, entspricht wohl allein die für den letzteren vorgeschriebene Testamentsform.[1]) Dieses Prinzip hat auch unser Landrecht gerade für den am häufigsten vorkommenden Fall des Erbverzichts, nämlich in den zwischen Eltern und Kindern abgeschlossenen Abfindungsverträgen, ausdrücklich anerkannt. Der § 484 Tit. 2 Th. II bestimmt:

> „Doch können Verträge, wodurch ein Kind von dem Nachlasse der Aeltern ganz ausgeschlossen, oder im Pflichttheil verkürzt werden soll, nur mit volljährigen, der väterlichen Gewalt entlassenen Kindern und nur vor deren ordentlichen Gerichten geschlossen werden." [2])

---

[1]) Vergl. die Erörterung von Herbink im Arnsb. N. Archiv XV S. 318—324.

[2]) In dem Erkenntnisse unseres Ober-Trib. vom 29. Novbr. 1841 Präjud. 1076 (Entscheid. B. 7 S. 237 f.) wird hierüber gesagt: — Das Erbrecht des Kindes auf den künftigen Nachlaß der Eltern, ursprünglich eine bloße Hoffnung, ist als ein Vermögensrecht erst dann vollständig erworben, wenn das Kind den Vater, beziehungsweise die Mutter, überlebt. Es erstreckt sich dann auf den zur Zeit des Ablebens des Erblassers vorhandenen Vermögensinbegriff. Wie dieser beschaffen sein, ob er als groß oder klein sich ergeben wird, läßt sich vor dem Tode des Erblassers nicht übersehen. Deshalb kann vorher auch nicht beurtheilt werden, ob eine Vergütigung, welche die Eltern dem Kinde als eine Abfindung für dessen dereinstiges Erbrecht aussetzen, den im letzteren begriffenen Vortheilen angemessen ist oder nicht. Hierin hat die obige Vorschrift ihren Grund. Das Kind soll in der Verzichtleistung auf sein ungewisses, unbestimmtes Recht nicht übereilt werden. Der ordentliche Richter hat am besten Gelegenheit, das Familien- und Vermögensverhältniß seiner Gerichtseingesessenen, wenigstens nach Möglichkeit, zu übersehen. Er ist daher vom Gesetz zur Aufnahme solcher Entsagungsverträge zwischen Eltern und Kindern ausschließlich berufen worden. Von ihm ist die beste Belehrung und Verwarnung des Kindes vor einer Uebereilung zu hoffen. Die Vorschrift gestattet, ihrem Zwecke nach, in der Anwendung keine Ausnahme. Wird sie nicht beobachtet, so muß eben deshalb das Rechtsgeschäft unkräftig bleiben. Diese Folge tritt hier ein. Die Entsagung der Erblasserin der Kläger in dem notariellen Vertrage vom 10. März 1817 ist als nicht vorhanden anzusehen.

Die vom Richter zweiter Instanz seiner Entscheidung zum Grunde gelegten allgemeinen Vorschriften des A. L.-R. Th. I Tit. 12 §§ 649 und flgd. über die Form und Wirkung solcher Verträge, durch welche einer künftigen Erbschaft entsagt, oder deren Theilung schon im Voraus angeordnet wird, bleiben hier, wo es sich um die Rechtsbeständigkeit der Entsagung eines Kindes, im Verhältnisse zum Vater, handelt, außer Anwendung. Für einen Fall der Art ist die Bestimmung lediglich in der besonderen Vorschrift des § 484 Tit. 2 Th. II a. a. O. zu suchen.

Vergl. auch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. Februar 1858. (Striethorst, Archiv B. 29 S. 98 f.)

Daß die uns hier beschäftigenden unter dem Marginal „Entsagungsverträge" gegebenen Vorschriften der §§ 649 f. d. T. eine solche Formbestimmung nicht enthalten, ist nur dem schon oben angedeuteten Umstande zuzuschreiben, daß das Landrecht in diesen §§ zwei wesentlich verschiedene Rechtsgeschäfte mit einander vermischt hat. Es ist hier vorzugsweise der sogleich zu B zu besprechende Fall behandelt, wenn mehrere Personen unter einander sich schon im Voraus über die von ihnen als gesetzlichen Erben erwartete Erbschaft eines Dritten vereinigen und nur nebenbei des Falles gedacht, wenn der künftige Erblasser diesem Vertrage als Mitkontrahent beitritt. Da nun für den letzteren Fall ausdrücklich vorgeschrieben ist:

> „daß der künftige Erblasser an einen solchen Vertrag, wie an seinen eigenen Erbvertrag gebunden ist,"

so kann es auch keinen Zweifel leiden, daß ein solcher von dem präsumtiven Erben mit dem Erblasser selbst abgeschlossener Vertrag den für den Erbvertrag geltenden Formvorschriften unterworfen ist.[1])

25. Indem ein weiteres Eingehen auf die Wirkungen des Erbverzichts, insbesondere rücksichtlich der Erben des Verzichtenden, der Darstellung des Familienerbrechts vorbehalten bleiben muß, ist nunmehr

B. der Vertrag über die künftige Erbschaft eines noch lebenden Dritten[2])

in Betracht zu ziehen.

---

[1]) Vergl. dagegen das Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 31. Januar 1851 (Entscheid. B. 20 S. 143 f.), worin angenommen ist, „daß, wenn es sich um einen bloßen Entsagungsvertrag im Sinne des § 649 Tit. 12 Th. I A. L.-R. handelt, dazu die Form wirklicher Erbverträge nicht erforderlich ist, namentlich also, wenn der Erblasser selbst mit einem seiner gesetzlichen Erben einen solchen Vertrag schließt, in der Regel die allgemeinen Vorschriften von Verträgen dabei Platz greifen, und demgemäß auch nach § 86 Tit. 5 das. dabei eine Vertretung durch einen gehörig legitimirten Bevollmächtigten zulässig ist —."

[2]) Beseler hat in seinem Werke von den Erbverträgen (Th. II B. 2 S. 328—345) dieses (von Hasse als Erbschaftsvertrag bezeichnete) pactum de hereditate tertii nur deshalb eine besondere Erörterung finden lassen, „um den Gegensatz, in welchem es zu den Erbverträgen steht, bestimmt hervorzuheben, und dadurch Gelegenheit zu erhalten, einige Fälle, in welchen beide Institute sich begegnen und fast zusammenzufließen scheinen, mit Sicherheit beurtheilen zu können."

Eine sehr vollständige Aufzählung der Literatur dieser Lehre findet sich bei G. de Hahn, diss. de auctoritate pacti de hereditate tertii (Heidelb. 1832) § 34 Note 119, auf den auch Beseler verweist.

Das römische Recht läßt einen solchen (obligatorischen) Vertrag ohne Beschränkung zu, wenn er die künftige Erbschaft eines unbestimmten Dritten zum Gegenstande hat.[1]) Außer diesem Falle erklärt es denselben für ungültig,[2]) sofern nicht die Person, um deren Nachlaß es sich handelt, ihre Zustimmung (sei es gleich anfangs oder nachträglich) ertheilt und diese auch später nicht zurückgezogen hat.[3])

v. Keller, Pandekten § 474: — Die Erbschaft eines Jeden ist, so lange er lebt, nicht allein etwas Künftiges, nicht Existentes, sondern auch nothwendig und absolut Ungewisses und soll auch von jedem Andern als solches respectirt und behandelt werden. Sonst handelt er nicht bloß ungültig, sondern auch verwerflich und gefährlich, namentlich gefährdet er sein mögliches künftiges Erbrecht . . . Man kann hier vorzüglich das Element der Ungewißheit als verletzt betrachten. Nicht weniger ungültig sind aber diejenigen Geschäfte über die Erbschaft eines noch Lebenden, durch welche mehr das Element des Zukünftigen verletzt wird, indem hier schon die allgemeine Regel über Rechtsgeschäfte, betreffend nicht existirende Sachen, zur Anwendung kommt.[4]) — Den äußersten Punkt des Erlaubten und Zuläßigen

---

[1]) Paul. l. 3 § 2 D. pro socio (17, 1): De illo quaeritur, si ita societas, ut, si qua justa hereditas alterutri obvenerit, communis sit: quae justa hereditas: utrum quae jure legitimo obvenit, an etiam ea, quae testamento; et probabilius est, ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere. Hasse a. a. O. S. 223.

[2]) Papin. l. 29 § 2 D. de don. (39, 5): Donationem quidem patris bonorum proximae cognatae viventis nullam fuisse constabat; verum ei, qui donavit, ac postea jure praetoris successit, quoniam adversus bonos mores et jus gentium festinasset, actiones hereditarias in totum denegandas respondit. Marcian. l. 30 eod.: Nam ei, ut indigno, aufertur hereditas. Id. l. 2 § 3 D. de his quae ut indign. (34, 9): Item erit, si quis vivi ignorantis bona, vel partem bonorum alicujus cognati donaverit. Nam quasi indigno aufertur. Modestin. l. 2 § 2 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6): — improbum esse Julianus existimat eum, qui sollicitus est de vivi hereditate. Hasse S. 223 f. Köppen, Syst. des heut. röm. Erbr. S. 286 Note 49.

[3]) l. 3 C. de pact. (2, 3): . . . Sed nobis omnes hujusmodi pactiones odiosae esse videntur, et plenae tristissimi et periculosi eventus. Quare enim, quodam vivente et ignorante, de rebus ejus quidam paciscentes conveniunt? Secundum veteres itaque regulas sancimus, omnimodo hujusmodi pacta, quae contra bonos mores inita sunt, repelli, et nihil de his pactionibus observari: nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum est, voluntatem suam eis accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit: tunc etenim sublata acerbissima spe, licebit eis illo sciente et jubente hujusmodi pactiones servare: quod etiam anterioribus legibus, et constitutionibus non est incognitum, licet a nobis clarius est introductum... Beseler a. a. O. S. 330 f.

[4]) l. 1, l. 7 D. de her. v. act. vend. (18, 4) s. B. I S. 242, 243.

bilden diejenigen Rechtsgeschäfte über künftige Erbschaften, bei welchen sowohl das Element des Zukünftigen als das des Ungewissen dadurch anerkannt und respectirt wird, daß man den künftigen Erblasser um seine Genehmigung angeht, und erst nach Ertheilung derselben das Geschäft als abgeschlossen betrachtet, wobei sich wieder von selbst versteht, daß diese Genehmigung für den Testator nichts Bindendes hat, sondern beliebig wieder zurückgenommen werden kann, womit denn auch das Geschäft selbst wieder zerfällt.

Nur die spes einer ganz unbestimmten Erbschaft (unbestimmt, wessen) kann in gewissem Sinne Gegenstand eines Rechtsgeschäfts werden, wenn auch der Testator noch lebt.

Im gemeinen Rechte ist es nun sehr streitig:

ob diese Grundsätze des römischen Rechts auch noch heutzutage anwendbar sind.

Nach dem Vorgange Hasse's und Beseler's neigt sich die neuere Doctrin entschieden der Bejahung dieser Frage zu.[1])

v. Keller a. a. O.: — Den eigentlichen Erbverträgen hat man ganz mit Unrecht die Rechtsgeschäfte unter Dritten über die Erbschaft eines noch Lebenden ohne dessen Zustimmung gleichgestellt, und auch hierin das Römische Recht als obsolet erklärt. Wohl mag der Germanischen Ansicht zu Liebe die Möglichkeit zugegeben werden, daß der künftige Erblasser seine Genehmigung unwiderruflich und nicht bloß widerruflich ertheile; aber im Uebrigen liegt weder in den Quellen des Germanischen noch des neueren Rechts irgend etwas, was die Geltung der oben aufgestellten Regeln ausschlösse, vielmehr beruht das Unsittliche und Gefährliche, was die Römer in solchen Geschäften sahen, gar nicht auf ihrer eigenthümlichen Nationalität, sondern auf einem allgemein menschlichen richtigen Gefühle und Takt, worin wir mit ihnen vollkommen übereinstimmen.[2])

Diese Ansicht wird auch von älteren Rechtslehrern vertreten,[3]) wie-

---

[1]) Puchta, Vorlesf. II §§ 448—450. v. Vangerow, Pandekten II § 396. Seuffert, Pandektenrecht § 584. v. Gerber § 257 Note 4. Köppen, System des heut. röm. Erbrechts S. 286 Note 49. Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts I S. 51.

[2]) Oder wird man es bei uns schön und recht finden, wenn die Kinder bei Lebzeiten ihres Vaters hinter seinem Rücken fix und fertig paciscireu, wie sie seine dereinstige Erbschaft (auch nur unter sich) theilen wollen, oder wenn eines seinen künftigen Theil an einen Dritten verkauft?

[3]) Carpzov, Jurisp. for. P. II const. 35 def. 17: Improbantur regulariter pacta futurae successionis... Ex quo porro infertur, de hereditate tertii viventis pacisci non licere, ita, ut si duo pluresve de hereditate tertii, cui alteruter successurus esset, inscio eo, invicem conveniant, pactum istud ipso jure sit nullum usque eo, ut paciscenti tanquam indigno auferantur bona, quae alioquin ex successione ad eum perventura essent. Pufendorf, Obs. jur. univ. III obs. 12 § 1. Pacta super hereditatibus

wohl gegen die früher herrschende Lehre,[1]) während umgekehrt die letztere noch in neuerer Zeit Vertheidiger gefunden hat.

Buddeus in Weiske's Rechtslexicon IV. S. 30 f.: — Richtig ist, daß das pactum de hereditate tertii nicht zu den Erbverträgen gerechnet werden kann. Dennoch ist den meisten Rechtslehrern darin beizustimmen, daß die römischen Gesetze gegen Verträge über die Erbschaft eines Dritten bei uns keine Anwendung finden. Die Gründe dazu beruhen lediglich auf dem, einem ganz besonderen Charakter huldigenden, den Römern eigenthümlichen Schicklichkeitsgefühle, von dem die jetzigen, namentlich deutschen Ansichten ganz abweichen. Niemand wird einen solchen Contract, wenn dadurch wirklich die Erreichung einer rechtlichen und redlichen Absicht bezweckt wird., bei uns für unziemlich, gefährlich oder nieder-

---

viventium in l. ult. C. de pact. ut pactiones odiosas et plenas tristissimi et periculosi eventus improbantur, adeo ut hujusmodi pactum contra bonos mores effectum nullum habeat, nisi ipse forte, de cujus hereditate pactum sit voluntatem suam ei accommodaverit, et in ea usque ad extremum vitae suae spatium perseveraverit... Cujus ratio legis quoniam in natura mentis humanae posita est, nostris moribus aeque ac Romanis conveniens est. Quamobrem talia pacta et Jure Canonico et legibus moribusque Germanorum damnantur. Hartm. Pistor P. 4 qu. 1. Simon van Leuwen Cens. for. Vol. I lib. 4 tit. 3 § 15. Voet ad D. de pact. § 16. Berger, oec. jur. Lib. 2 tit. 4 § 48. S. Stryk de caut. test. cap. 24 § 2.

Dieselben Grundsätze werden auch in Beziehung auf die Theilung einer künftigen Erbschaft angenommen. Voet, com. ad P. X. 2 nr. 5: Uti autem certum est, heredes posse mutuo consensu dividere hereditatem ejus, qui jam defunctus est; ita quoque vix dubitandum, quin id etiam, eodem adhuc vivente, jure faciant, si is, de cujus adhuc viventis hereditate agitur, divisionem praeceperit, ratamve habuerit, ac ad finem vitae in ea perseveraverit factae divisionis comprobatione. (arg. l. ult. C. de pact.) usque adeo, ut filii, ac eorum exemplo heredes quoque extranei, frustra eandem convellere tentaturi essent, aut repetitam exigerent rerum jam vere hereditariarum divisionem.

[1]) Reinhard, de Pacto circa haereditatem Tertii ignorantis certi bonis moribus non refragante, adeoque tam jure naturae quam moribus Germaniae non invalido. Merenda, Controv. L. I c. 17 nr. 12. Middeldorf, Cogit. ad Jus Rom. ac Germ. de fat. success. intest. testam. ac pactit. S. 7 § 3, 4. — Haubold ad Berger l. c.: Bergeri opinionem, pacta de tertii ejusdemque certi hereditate hodierno jure non subsistere, si tertius non consentiat, vel consensum revocet ante mortem propter l. 30 C. II. 3, tanquam alienam a simplicitate juris Germanici rejecerunt Hommel obs. 59, Curtius, Handbuch § 829 f. Neque tamen reapse jus hereditarium in bonis tertii ex tali pacto acquiritur, sed duntaxat ejus paciscentis, qui heres tertio factus fuerit, juri hereditario lex scribitur, ut recte observavit Runde, deutsch. Privatr. § 656.

trächtig halten. Nur fordert die gute Sitte bei uns — und gerade dadurch charakterisirt sich die gänzliche Verschiedenheit unserer Sitte von der römischen — daß in der Regel der Erblasser, um sein Gefühl nicht zu verletzen, nichts von diesem Vertrage erfahre, während durch das römische Gesetz gerade eine solche Verheimlichung gerügt wurde. Doch unsere Gesetze selbst, und zwar die Lehengesetze, brechen über jene römische Vorschrift den Stab, da sie die in einem ganz gleichen Charakter handelnde Eventualinvestitur in ihr System aufgenommen haben.[1])

Diese Ansicht wird auch von mehreren Gerichtshöfen angenommen:

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 10. September 1852: Verträge über den zukünftigen Nachlaß eines bestimmten, von einem der Contrahenten zu beerbenden Dritten sind nach römischem Recht zwar in der Regel nur dann, wenn dieser Dritte seine Zustimmung ertheilt und bis zu seinem Tode nicht widerrufen hat, nach deutschem Recht aber und der heutigen Praxis auch ohne jene Zustimmung vollkommen gültig.

(Seuffert, Archiv XIII Nr. 44.)

Bescheid des O.-A.-G. zu Cassel vom 25. Juni 1861: Der abgeschlossene Vertrag, in welchem der Kläger den ihm demnächst von seiner Mutter zufallenden Erbantheil dem Verklagten abtritt, stellt sich zwar nicht als Erbvertrag im engern Sinne, sondern als Verkauf einer künftigen Erbschaft dar, muß aber auch in dieser Eigenschaft nach heutigem Rechte für gültig gehalten werden. Von der in fr. 1 de her. vend. (18, 4) enthaltenen Anschauung, daß solche Verträge wegen mangelnder Existenz eines Kaufobjects ungültig seyen, ist bereits im spätern röm. Rechte — const. ult. de pactis (2, 3) — insofern abgegangen, als hier der Grund für die Ungültigkeit solcher Verträge nur in die darin liegende Immoralität gesetzt ist, und demgemäß derartige Verträge durch die Einwilligung dessen, über dessen Erbschaft der Vertrag eingegangen ist, Gültigkeit erlangen sollen. Indessen ist auch diese Rücksicht, wie sich aus der dermaligen rechtlichen Wirksamkeit der eigentlichen Erbverträge ergibt, unserer heutigen Rechtsanschauung fremd, und es muß daher angenommen werden, daß nach heutigem Rechte zur Rechtsbeständigkeit der über den Nachlaß einer noch lebenden Person abgeschlossenen Verträge deren Einwilligung nicht mehr erforderlich ist, vielmehr alle derartigen Verträge rechtsverbindliche Kraft haben.

(Ebendas. XIV Nr. 216.)[2])

---

[1]) Vergl. auch Gründler, Polemik des germanischen Rechts III § 659 und die von ihm angeführten Schriftsteller.

[2]) Auch das Ober-Trib. zu Stuttgart hat nach den Mittheilungen v. Harprecht's (in Sarwey's Monatsschrift für die Justiz in Württemberg XX. 1 S. 129 f.) in den Erkenntnissen vom 27. November 1833 und vom 3. Juni 1836 ausgesprochen, daß die Ansicht der l. 4 C de inut. stip. (8, 39), der

während auch für die entgegengesetzte Ansicht die Praxis hinreichende Belege bietet.[1])

Vertrag über die Erbschaft eines Lebenden sei contra bonos mores, in der heutigen deutschen Volksanschauung keinen Haltpunkt mehr finde und namentlich auch in einem Erkenntnisse vom 24. December 1853 angenommen, daß Verträge der Präsumtiv-Erben über den künftigen Nachlaß von Verschollenen oder auch solcher Personen, welche selbst der Dispositionsbefugniß ermangeln, auch ohne deren Theilnahme in Bezug auf die Paciscenten selbst nach den Grundsätzen des deutschen Rechts als zulässig zu betrachten seien. (Der Referent, welcher sich hauptsächlich den Ausführungen Hasse's anschließt, hofft jedoch bei erneuerter Prüfung das Ergebniß: daß das römische Recht nicht etwas Abgestorbenes, vielmehr die durch die Juristen geschaffene Rechtsnorm eine unächte Theorie sei, von welcher sich loszusagen die Gerichte kein Bedenken tragen dürfen.)

[1]) Codex Fabrianus Lib. II tit. 3 def. 10: Pactum de viventis inscii hereditate, licet ab initio non valeat, tamen confirmatur, si postea is, de cujus hereditate actum est, rescierit et consenserit expresse in eaque voluntate perseveraverit. Nec probabilis est sententia existimantium in ipso instanti quo contrahitur consensum hunc intervenire debere. Quid enim refert, an tunc an post vel ante intervenerit, ut nulla consentienti injuria fier videatur? Illud sane requiritur, ab utroque ex contrahentibus certior factus sit is de cujus hereditate actum est, ut pacto et contractui inter duos inito consensisse existimetur...

Leipziger Schöffenspruch vom Juni 1634: — Dieweil aber dennoch dergleichen pacta und Vergleichung de hereditate tertii in Rechten unzuläßlich und ungültig seyn ꝛc. (Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 35 d. 17) desgl. vom Juli 1629: — Er N. N. auch in solche Vergleichung gewilliget und damit wohl zufrieden gewesen, So mag auch nach Gelegenheit dißfalls berührte conventio vor unkräfftig nicht gehalten noch hinterzogen werden. (Eod. def. 19.)

Berger, oecon. jur. Lib. II tit. 4 c. 48 nota 1: Pacta successoria... universali Germaniae consuetudine sustineri ad effectum non modo successionis, sed et impediendi facultatem testandi ... quod tamen ita est capiendum, ut pacta de tertii, ejusdemque certi hereditate, non hodierno magis, quam civili jure subsistant, si quidem ille vel non consentiat, vel consensum revocet ante mortem, prouti Fac. Vittemb. respondit M. Jan. 1687.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 5. Mai 1846: Nach l. 30 C. de pact. (2, 3) sind Verträge über die künftige Erbschaft eines noch Lebenden, wenn dieser nicht zugestimmt hat, auch unter den Contrahenten unwirksam. Die von angesehenen Rechtslehrern vertheidigte Ansicht, daß nach den Grundsätzen des deutschen Rechts über die Gültigkeit von Erbverträgen die l. 30 unanwendbar geworden sei, kann nicht für richtig gehalten werden. (Seuffert, Archiv II Nr. 313.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Celle vom 24. November 1851: Ein Erbvertrag, welchen mehrere Geschwister über den Nachlaß ihrer noch lebenden Mutter abgeschlossen haben, ist keineswegs als solcher ohne Weiteres, sondern nur deshalb als rechtsbeständig anzusehen, weil aktenmäßig die Mutter zu

Anlangend die partikularrechtliche Behandlung des fraglichen Rechtsgeschäfts, so sind folgende Bestimmungen hierüber anzuführen:

Schwabenspiegel Cap. 278. „Eyn weib mag irem mane keyn erbe geben das sy dennocht nicht geerbet hat, und des sy noch wartet ze erben. Und das mag auch desgleichen der man seynem weibe. Also mag auch nyemand dem andern keyn erbe geben der es nicht geerbet hat.[1])

München. Statut. von 1347 (Kraut, Grundriß § 187. 3). „Es mag auch nyemant ein erbtail, des er wartent ist, das in nicht angevallen ist, setzen noch verkauffen noch an werden."

Stadtrecht von Freiburg im Breisgau von 1520 Tract. 3 Tit. 2. „— und besonder sol khein ußstürung uff künfftig erbfal gesezt werden, dann es ist ein unbillich hoffnung, die in eins andern tod gesezt würdt. wo dawider gehandelt würd, mag dieselb neberedung niemants zu frucht erschießen." [2])

Erneuerte Reformation der Stadt Frankfurt am Mayn von 1578 (verbessert und vermehrt 1611) Th. III Tit. 2 § 3. „Doch daß solche Verweissung (nämlich der Aussteuer) nicht auff noch unbetagte, und erst zukünfftige, verhoffte Erbfäll (deren Hoffnung unehrbar, unbillig, und im Rechten verhaßt) geschehn: Es were dann, daß solche Erbfälle jhnen den Eheleuten von jhren Eltern oder Freunden, allbereit betagt, verfallen, und doch deren Ususfructus, oder Niessung, noch bey den Eltern were . . ."

Ref. Lüneburger Stadtrecht Th. III Tit. 5. „. . . Aber auf zukünftige verhofte und noch nicht angestorbene Erb-Fälle soll dergleichen Vergewissung (nämlich der Aussteuer) nimmermehr geschehen, in Betrachtung, daß solches wider Recht, Ehrbarkeit und Billigkeit wäre." [3])

Erneuerte Reformation der Stadt Nürnberg von 1564 Th. III Tit. 34 Ges. 6. „Es sollen die Kinder jre künftige und hößliche wart und Erbsell jrer Eltern, vor und ehe sie die erleben, an derselben jhrer Eltern vorwissen und bewilligung, weder zu verkauffen, zu übergeben, noch ainiche Schuld darauf zu bekennen, macht haben, und wo es darüber geschehe, so soll es uncrefftig und unpündig sein."

---

dem fraglichen Erbvertrage über ihren Nachlaß zugestimmt hat. (Ebendas. VIII Nr. 153.)

[1]) Hasse a. a. O. S. 233 f. (Schilter, Exerc. ad P. 30 § 61.) Nach der Laßberg'schen Handschrift Art. 35: „Ein wip mac ir man behein ir erbe gegeben, des si dannoch nit geerbet hat, vnd des sie wartet ze erbenne, des selben mag och der man siuem wibe nit getün, vnd also mag och nieman dem andern behein erbe gegeben, des er niht geerbet hat."

[2]) Beseler S. 338 Note 36.

[3]) Pufendorf, Obs. IV in append. nr. 21 p. 624 sq.

Erneuertes gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. II Tit. 31 § 1. „Die Ehestewren und Widerlegungen sollen mit lautern Worten und Zusagungen, deßgleichen mit Benennung der Güter, oder Summen beschehen, auch nicht auff künftige Erbfäll gesetzt werden: Und was darwider gehandelt wurde, soll kein krafft haben."

§ 2. „Es were dann, daß die Eltern, oder andere Verwannten (auf deren künfftiges absterben und anwartende Verlassenschaft also ein Ehstewr und Widerlegung bedingt) wissentlich darein bewilligt hetten." [1])

Erneuertes Landrecht Churfürstlicher Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. II Tit. 26 § 3. „Ferner setzen und ordnen wir, daß alle contract, die wider gute sitten seind, darauß sünde, schand und ärgernuß, erfolgen mögen, als an ihnen selber nichtig und kraftloß zu halten und zu erkennen. Als da ihrer zween mit einander eines dritten noch lebenden künftiger erbschaft halben . . . paciscirt und sich verglichen."

Ebendas. Tit. 22 § 3. „Ehestewern, die seyen gleich der frawen heyrathgut, zu latein Dos, oder deß manns widerlag, oder widdumb, Donatio propter nuptias genandt, sollen an einer gewissen summen gelts, oder anderm, gelts werth, oder an gewissen, underschiedlichen, benändten, liegenden gütern, bestimbt und angezeit werden, welch gelt oder gut, dessen, der es zu ehestewer gibt, eygen sey. Dann wo jemands dasjenig, so er verhofft zu erben, zur ehestewer setzen wolt, ist es jhme nicht zugelassen . . ."

Land-Gerichts-Ordnung des Stiffts Würtzburg und Hertzogth. zu Francken von 1618 Th. III Tit. 99 § 1. „Das Heyrathsgut und Wiederlegung . . . soll mit — bestimmten Güthern oder Summen Geldt geschehen, und nicht auf künfftige Erbfälle gestellet werden, dann es ist eine unbillige Hoffnung, die in eines andern Tod gesetzet wird, derohalben wo solches geschehen, soll es von Unwürden und unkräfftig seyn." § 2. „Es wäre dann, daß die Eltern oder andere Verwandte (auf welcher künfftig Absterben und anfallendes Erb das Heyraths-Guth oder Wiederlegung bedingt worden) selbst wissentlich darein gewilliget hätten, so hat es, so fern und weit sich ihre Bewilligung erstrecket, statt." [2])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) von 1756 Th. III Tit. 11 § 1. „— Jene Pacten hingegen, welche 5to über die künftige Erb- oder Verlassenschaft eines Dritten noch Lebenden ohne dessen Mitbewilligung errichtet werden, gelten ohne Unterschied, ob der Dritte Persona certa oder incerta sey, nur conditionate und

[1]) Im älteren Württ. L.-R. von 1554 findet sich der Satz des § 2 noch nicht. Beseler S. 339 Note 44.

[2]) Diese Vorschriften sind wörtlich aufgenommen in das Land-Recht der Markgrafsch. Baaden rc. von 1710 Th. IV Tit. 24 § 4.

in Eventum, wenn sothane Erbschaft einem von den Paciscenten mit der Zeit anfällig wird, immassen diese Bedingniß ohnehin schon allezeit stillschweigend darunter verstanden ist." [1])

Die neueren Gesetzgebungen enthalten folgende Bestimmungen:

Oesterreichisches bürgerl. Gesetzbuch § 879. „Insbesondere sind — folgende Verträge ungültig: . . . 4. wenn eine Erbschaft oder ein Vermächtniß, die man von einer dritten Person hofft, noch bei Lebzeiten derselben veräußert wird." [2])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2563. „Verträge, welche über die Erbschaft eines bestimmten Dritten bei dessen Lebzeiten geschlossen werden, sind nichtig, ausgenommen, wenn sie mit seiner Einwilligung geschlossen werden und er keine Verfügung trifft, durch welche das den Gegenstand des Vertrages bildende Recht aufgehoben wird."

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2138. „Jeder Erbe ist berechtigt, sich für seine Anwartschaft auf die gemeinsame Erbschaft wie für seine Rechte an einer angefallenen Erbschaft von seinen Miterben oder von einzelnen Miterben auskaufen zu lassen. In diesem Falle bedarf es der notarialischen Form nicht, sondern genügt die schriftliche Form.[3])

---

[1]) v. Kreittmayr, Anmerk. a. a. O. Nr. 4 a. E.: Endlich muß auch bey obverstandenen Pactis dispositivis consensus Tertii, über dessen künftige Verlassenschaft man sich noch in seinen Lebzeiten verstanden hat, vorhanden seyn, wobey jedoch consensus consequens et tacitus ebensowohl als antecedens et expressus hinreicht, sofern es nur eine Person, welche sui juris ist, mithin consentiren kann. Ohne jetztbemeldter Einwilligung des Drittens kann das Pactum weder de jure romano noch germanico aut naturali bestehen, und zwar nach Röm. Recht nicht einmahl conditionate und in eventum, wann gleich sothane Erbschaft einem von den Paciscentibus mit der Zeit anfällig wird, wohl hingegen gehet dieses de jure germanico et bavarico noch an, immassen sich diese condition ohnehin schon allzeit stillschweigend darunter verstehet.

[2]) Unger, System des österr. allg. Privatr. II § 94 Note 43: Würde der eventuelle Erbe (z. B. der Testamentserbe) mit einem andern eventuellen Erben (z. B. dem nächsten Intestaterben) vor der Delation der Erbschaft einen Vertrag dahin schließen, daß jener auf die Erbschaft, falls sie ihm deferirt werden würde, verzichte, so läge nicht ein Erbverzicht, sondern ein pactum de repudianda hereditate vor (Stubenrauch II S. 284), worauf aber allerdings der § 879 Nr. 4 a. b. G.-B. anzuwenden ist.

[3]) Bluntschli, Erläut. IV S. 190: Der Erbauskauf unterscheidet sich von den übrigen Verträgen der Art dadurch, daß derselbe nur unter den Erben selbst abgeschlossen wird; es stehen ihm daher auch weniger Bedenken entgegen, als den letzteren Verträgen, indem nicht eine dritte der Familie und dem bisherigen Erbnexus fremde Person aus demselben Rechte erwirbt, sondern nur ein bestehendes Erbrecht ausgedehnt wird. Am häufigsten kommt der

§ 2140. „Bezieht sich der Auskauf auf eine zukünftige Verlassenschaft, so ist anzunehmen, der ausgekaufte Erbe habe auf sein Erbrecht zu Gunsten des auskaufenden Miterben verzichtet, so daß die Verlassenschaft zur Zeit des Anfalls diesem an jenes Statt zukommt, und der ausgekaufte Erbe weder eine allfällige Ausschlagserklärung abzugeben hat, noch den Erbschaftsgläubigern haftet ..." [1])

§ 2143. „Andere Verträge über die Erbschaft eines Dritten, zu denen der Erblasser nicht selbst mitgewirkt, haben in der Regel keine unmittelbar erbrechtliche, sondern nur eine obligatorische Bedeutung." [2])

§ 2145. „Werden derartige Verträge bei Lebzeiten des dritten Erblassers über eine zukünftige Erbschaft abgeschlossen, so bedürfen sie zu ihrer Gültigkeit sowohl der notarialischen Fertigung, als der Anzeige an den Erblasser." [3])

Erbauskauf vor unter Geschwistern. — Gewöhnlich wirken hier Familienrücksichten ein und es bekommt der Vertrag um deswillen einen familienartigen Charakter. Die Sitte hat diesen Erbauskauf schon seit langem gutgeheißen und ihm größere Wirkungen verschafft als ein rein obligatorischer Vertrag an sich haben kann ...

[1]) Bluntschli, S. 192: Ein wahrer Erbverzicht ist zwar nur da vorhanden, wo der Erblasser bei dem Vertrage mitgewirkt hat und dieser zu einem wahren Erbvertrag geworden ist. Indessen hat der Erbauskauf, wenn er sich auf eine zukünftige Verlassenschaft bezieht, doch eine dem Erbverzicht analoge Wirkung. Die Erbschaft fällt dann nicht mehr dem ausgekauften Erben an, sondern dem Auskäufer, zwar nicht unmittelbar, wie bei dem Erbverzicht, aber mittelbar, insofern der Auskäufer als der rechtmäßige und zu eigenem Recht betheiligte Vertreter des ausgekauften Erben betrachtet wird ... Insofern wird dem Erbauskauf allerdings, wenigstens mittelbar, eine erbrechtliche Wirkung zugeschrieben und die Grenzen eines rein obligatorischen Geschäfts sind überschritten.

[2]) Bluntschli S. 195: Es erlangte die Ansicht das Uebergewicht, daß im Interesse der guten Sitte und des natürlichen Rechts derartige Verträge in keiner Weise zu begünstigen, sondern eher zu beschränken seien. Da der Erwerber einer solchen Erbschaft nicht ohnehin Miterbe ist, sondern als Fremder die Rechte des Verkäufers an sich bringt, so ist auch einem solchen Vertrag keinerlei erbrechtliche Wirkung zuzugestehen, sondern der obligatorische Charakter desselben festzuhalten.

[3]) Bluntschli S. 196: Durch die Anzeige erhält der Erblasser, wenn er damit nicht einverstanden ist, die Veranlassung über den Erbtheil des Veräußerers anders zu disponiren ... Der Erwerber kann sich darüber nicht beschweren, weil der Veräußerer noch kein wirkliches Erbrecht hat. Die praktische Folge dieser Bestimmung wird sein, daß solche Verträge nur da zu Stande kommen, wo sie mit den Familieninteressen nicht in Konflikt gerathen, bez. der Erblasser einwilligt. Es kann sich ein liederlicher Sohn keine Hoffnung machen, daß er gegen den Willen seines Vaters für die Anwartschaft auf dessen Erbe einen Käufer finde, und der habsüchtigen Spekulation auf solche Veräußerungen ist eine Schranke gesetzt.

Entwurf eines bürgerl. Gesetzb. für das K. Bayern (München, 1861) Th. II Art. 27. „Die Erbschaft einer Person oder ein Vermächtniß daraus kann bei Lebzeiten derselben auch nicht mit ihrer Einwilligung Gegenstand eines Vertrages zwischen dritten Personen seyn." [1])

Entwurf eines für die deutschen Bundesstaaten gemeinsamen Gesetzes über Schuld-Verhältnisse Th. I (Nach den in erster Lesung gefaßten Beschlüssen. Stuttgart, 1864) Art. 32. „Verträge, welche über die Erbschaft eines bestimmten Dritten oder über einen Theil derselben oder über einen einzelnen Gegenstand aus derselben bei Lebzeiten des Dritten geschlossen werden, sind, selbst wenn dieser zustimmt, nichtig."

Die Vorschriften des Französischen Rechts (Code civ. art. 791. 1130. 1600) sind bereits oben S. 401 Note 1 mitgetheilt.

Diese Gegenüberstellung der Rechtsbestimmungen anderer deutscher Partikularrechte über den Erbschaftsvertrag ist besser, wie jeder Kommentar geeignet, die betreffenden Satzungen unseres Landrechts in ihr gehöriges Licht zu stellen und zu ihrer Beurtheilung Material zu liefern. Das Ergebniß kann freilich kein anderes sein, als daß das Landrecht, an eine fast veraltete Doctrin sich anlehnend, durch seine selbstgeschaffenen Bestimmungen sich außer Zusammenhang mit dem historischen Rechte gesetzt hat.

26. In Betreff der Form der Verträge über den künftigen Nachlaß eines Dritten enthält unser Landrecht keine weitere Bestimmung als den § 654. Da hier für den im § 653 vorgesehenen Fall ausnahmsweise die gerichtliche Abschließung vorgeschrieben ist, so folgt, daß außer diesem Falle derartige Verträge den gewöhnlichen Formvorschriften unterliegen.[2]) Der § 653 schließt sich übrigens als Ausnahme der Regel des § 650 an und ist sonach nur auf den Fall zu beziehen, wenn solche Verträge zu Gunsten eines Fremden geschlossen sind. Mit Recht ist daher in den neueren Ausgaben unseres Landrechts (auch in der neuesten Schering'schen Ausgabe) im § 653 statt des bereits im Justiz-Ministerial-Rescripte vom 29. December 1837 (v. Kamptz, Jahrbücher B. 50 S. 469) als Druckfehler bezeichneten Allegates des § 649 der § 650 gesetzt worden.[3])

---

[1]) Motive S. 62: Der Entwurf folgt hierin der das gemeine Recht überbietenden-Strenge des französischen Rechts, weil solche Verträge das sittliche Gefühl verletzen, abgesehen davon daß sie leicht Veranlassung zu einer Lebensgefahr für die betreffende Person werden können.

[2]) Bornemann VI S. 151. Vergl. Entscheid. des Ob.-Trib. B. 20 S. 152.

[3]) Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 25. Februar 1861: — Der Zusammenhang

27. Was die Wirkung eines von den präsumtiven gesetzlichen Erben über den künftigen Nachlaß eines dabei nicht zugezogenen Dritten abgeschlossenen Vertrages betrifft, so läßt das Landrecht die Frage unentschieden:

> welche Folgen eintreten, wenn das vorausgesetzte Intestaterbrecht des einen oder anderen Kontrahenten gar nicht zur Wirklichkeit kommt, sei es, daß derselbe vor dem Erblasser stirbt, oder daß Letzterer eine sein gesetzliches Erbrecht ausschließende testamentarische Verfügung trifft.

Das privatrechtliche Gesetzbuch für den K. Zürich bestimmt:

§ 2148. „Wenn der Veräußerer einer zukünftigen Erbschaft vor dem Erblasser stirbt, so ist anzunehmen, es sei der Gegenstand der Veräußerung durch Zufall untergegangen, und die Erben des Veräußerers sind zu keinen weiteren Leistungen an die andere Vertragsperson verpflichtet." [1])

Dieser Grundsatz entspricht auch in der That der Natur eines

---

des § 654 mit den vorhergehenden §§ 650—653 ergibt klar, daß dabei nur der Fall gemeint sein kann, wo zu Gunsten eines Fremden verfügt werden soll und also nach § 650 der Beitritt des Erblassers zur Gültigkeit des Vertrages nothwendig ist, der § 649 daher in der älteren Ausgabe des Allg. Land-Rechts bloß aus Irrthum statt des § 650 allegirt worden ist, da § 649 ja gerade nur von dem Falle spricht, wo der Beitritt des Erblassers vom Gesetz weder angeordnet noch vorausgesetzt ist. — Koch in seinem Kom. zum A. L.-R. Note 21 zum 12. Tit. Abschn. 2 vertheidigt zwar die Richtigkeit des älteren Allegats und führt als Grund an, der Fremde könne durch die gerichtliche Form allein unmöglich Erbfolgerechte erlangen; allein dabei übersieht er zunächst, daß in dem Falle der §§ 652—654, auch wenn der Vertrag gerichtlich aufgenommen worden, immer nur Intestaterbfolge in dem Nachlaß des Erblassers eintreten kann, da es an einer letztwilligen Verfügung des Letzteren fehlt und der Fremde nur seine durch den Kontrakt erworbene Befugnisse gegen die Erben verfolgen kann; auch setzt Koch, ganz gegen den Wortlaut und Sinn der §§ 649, 650 dabei voraus, daß der § 649 ebenfalls eine Zustimmung des Erblassers erfordere. (Striethorst, Archiv B. 40 S. 304, 305.)

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 199 bemerkt dazu: — Die Erben des Veräußerers sind nicht gehindert, ihrerseits die Erbschaft anzutreten, wenn sie auch Erben ihres Erblassers sind, und sie brauchen auch nicht, was sie in der Erbschaft des Veräußerers empfangen haben, dem Käufer der zukünftigen Erbschaft zurückzuerstatten. Dieser hat die Hoffnung erkauft und diese Hoffnung ist nicht in Erfüllung gegangen. Seine Spekulation auf die zukünftige Erbschaft ist verunglückt und er hat diese Gefahr vollständig zu tragen. Vergl. auch oben S. 412 Note 3.

solchen Vertrages als eines gewagten Geschäfts — einer Art des Hoffnungskaufes. — Wenn unser Landrecht im § 649 sagt, dergleichen Verträge „gelten nur unter denjenigen, welche zu einer solchen Erbschaft als gesetzliche Miterben berufen sind," so ist damit (im Gegensatze zu dem im § 650 gebrauchten Ausdrucke: „eines Fremden") nur erfordert, daß die Kontrahenten zur Zeit des Vertragsschlusses die zur gesetzlichen Erbfolge nächstberechtigten Verwandten desjenigen, über dessen Nachlaß verfügt wird, sein müssen. Allerdings wird nun auch ein solcher Vertrag allemal in der Erwartung geschlossen, daß es bei dem Tode des Erblassers zur Intestaterbfolge unter den Kontrahenten kommt. Allein diese Erwartung ist keine andere als diejenige, welche auch bei der emtio spei der Käufer hegt. Man kann daher durchaus nicht sagen, die rechtliche Wirksamkeit des ganzen Geschäfts sei an die Voraussetzung geknüpft, daß die gehegte Erwartung sich verwirkliche.[1])

Natürlich steht nichts entgegen, daß die Kontrahenten diese Bedingung dem Vertrage beifügen, so daß es eine Auslegungsfrage bildet, ob dieselbe in dem Vertrage enthalten sei. Es handelt sich dann aber immer nur um ein accidentale, nicht um ein naturale negotii.

Eine andere Frage, die unser Landrecht ebensowenig berührt, ist:

> ob Derjenige, welcher in Gemäßheit des § 649 einer künftigen bestimmten Erbschaft zum Besten seiner gesetzlichen Miterben entsagt, gleich einem Erbschaftsverkäufer, den Erbschaftsgläubigern und Legatarien verhaftet bleibt.

Auch diese Frage ist in dem privatrechtlichen Gesetzbuche für den K. Zürich § 2140 (s. oben S. 412) und zwar verneinend entschieden.

Dasselbe wird auch nach unserem Rechte anzunehmen sein. Läßt man überhaupt die Entsagung einer noch nicht angefallenen Erbschaft zu, so ist auch dieser schon im Voraus abgegebenen Erklärung bei dem demnächstigen Eintritte des Erbanfalles dieselbe Wirkung wie einer gewöhnlichen Erbschaftsentsagung beizulegen. Der entsagende

---

[1]) Unser Ob.-Trib. scheint allerdings dieser Ansicht zu sein, indem es in dem oben S. 413 Note 3 angeführten Erkenntnisse (freilich nur beiläufig) den Satz aufstellt: Aus den §§ 649—654 d. T. ergibt sich, daß die zu einer künftigen Erbschaft gesetzlich berufenen Erben einen solchen Theilungs- resp. Entsagungs-Kontrakt unter sich gültig, d. h. mit verbindlicher Kraft für die Kontrahenten schließen können, dergestalt, daß wenn ihr Erbrecht wirklich ins Leben tritt, bei der Nachlaßtheilung der Vertrag die maaßgebende Norm bildet

Erbe ist für seine Person aus der Erbverbindung herausgetreten und hat eben dadurch seinen Miterben Platz gemacht. Er hat daher nicht, gleich dem Erbschaftsverkäufer, ein schon erworbenes Erbrecht mittelst eines Uebergangsaktes veräußert, sondern sich seines künftigen Erbrechts mit der Wirkung entäußert, daß er schon im Augenblicke des Todes des Erblassers gar nicht mehr als Erbe zu betrachten ist, es also einer Wiederholung seiner Erbschaftsentsagung gar nicht bedarf. Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob die Entsagung unentgeltlich oder — wie es regelmäßig der Fall sein wird — gegen Entgelt geschieht, also ein s. g. Auskauf vorliegt.[1])

---

§ 656. «Verträge, wodurch Aeltern ihr Vermögen schon bei Lebzeiten ihrer Kinder abtreten, sind bloß als Verträge unter Lebendigen anzusehen.»

28. Diese Vorschrift steht mit der Lehre von den Erbverträgen nur insofern im Zusammenhange, als sich in Beziehung auf die hier bezeichneten Verträge in der Doctrin der Begriff der erfrühten Erbfolge (successio anticipata) gebildet hat.[2])

> Biener, quaest. cap. 75 (opuscula VII p. 287): Saepe fit, praesertim inter rusticos, ut parentes uni alterive liberorum fundum suum vendant ac tradant, sibique stipulentur alimenta et habitationem ad vitam, reliquum autem pretium liberis solvendum distribuant . . . Equidem ipsum negotium pro successione anticipata moribus Germanorum permissa, venditionemque praedii, et distributionem pretii inter liberos pro divisione parentum inter liberos reputo, ita tamen ut jura quaesita inde quasi ex pacto successorio inter eos oriantur, quorum interest. Nam si fundus non fuisset venditus, morte parentum successione legitima ad liberos translatus

---

[1]) Vergl. B. I S. 111 f.

[2]) Ch. L. Runde, die Rechtslehre von der Leibzucht und dem Altentheil auf deutschen Bauerngütern. 2 Theile (Oldenburg 1805). Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV S. 119 f. W. H. Puchta, über die rechtliche Natur der Gutsabtretung überhaupt und mit Altentheilsbestellung besonders (1837). Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. II B. 2 S. 200—214. Buddeus in Weiske's Rechtslexicon I. S. 518—539. Runde, über die erfrühte Erbfolge im Gebiete des deutschen Privatrechts (in der Zeitschr. für deutsches Recht VII S. 1—35). Koch, Schlesisch. Archiv V S. 28—42. Koch, Recht der Ford. III S. 858 ff. (2. Ausg.). Seuffert, Archiv III Nr. 358. XIII Nr. 48.

foret fundus hereditarius; ergo venditio et traditio in unum coheredem facta vicem successionis, distributio pretii inter liberos vicem divisionis hereditariae sustinet, et naturam familiae herciscundae habet, ex quibus manifestum est, emtorem paterni praedii reliquis coheredibus quasi ex venditione et divisione fundi hereditarii et familiae herciscundae judicio obligari.

v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts (7. Auflage. Jena, 1860) § 254: Die Wirkungen der Gutsübernahme durch den Anerben, wie sie in der Regel bei dem Antritt der Erbschaft des Colonen entstehen, können auch anticipirt werden; der Besitzer des Colonats kann dieß schon während seines Lebens dem Anerben übergeben und ihn in Betreff der Gutsübernahme schon jetzt in die Lage setzen, welche sonst nur eine Folge des Erbschaftserwerbs ist. Insofern ein solches Rechtsgeschäft die rechtlichen Wirkungen des erbschaftlichen Gutserwerbs künstlich anticipirt, enthält es eine erfrühte Realisirung des Anerbenrechts (s. g. successio anticipata). Das Geschäft ist nicht bloß eine Eigenthumsübergabe, weil zugleich eine Reihe von Verbindlichkeiten übertragen wird; der Gegenstand desselben ist aber auch kein Erbrecht, denn nicht ein Vermögen, sondern nur einzelne Sachen werden abgetreten; in diesem bestimmten Falle ist es auch keine Schenkung, weil die Absicht der Bereicherung nicht das hauptsächliche Motiv ist, noch weniger ein Kauf; es ist die Verbindung mehrerer Rechtsgeschäfte — Tradition, Cession, Delegation, Versprechen — zu einem gemeinschaftlichen Akte, der in seiner Einheit einen neuen Rechtscharakter durch die Absicht erhält, welcher er dienen soll, nämlich die Erfrühung der Wirkungen des erbschaftlichen Gutsantritts . . .[1])

In der Praxis herrscht über die Natur dieses Vertrages im Wesentlichen Uebereinstimmung.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Jena vom Jahre 1827: Da nach röm. Recht Niemand bei Lebzeiten beerbt werden kann, so lassen sich in der Regel der Uebereignung unbeweglicher Güter an künftige Intestaterben nicht die rechtlichen Wirkungen einer wirklichen Beerbung beilegen, sondern eine dergleichen Uebergabe einzelner Güter oder des ganzen unbeweglichen Vermögens ist als ein Geschäft unter Lebenden nach dem ihr zum Grunde liegenden Rechtstitel in ihren Folgen zu beurtheilen . . . (Emminghaus, Pandekten des gem. Sächs. R. S. 698 Nr. 1.)[2])

[1]) Vergl. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 123 (3. Aufl.). Beseler, System des gem. deutsch. Privatr. § 188.

[2]) Vergl. das Urtheil desselben Gerichtshofes von 1847: Kein Erbvertrag ist vorhanden, wenn Jemand ein ganzes Activvermögen durch ein Rechtsgeschäft unter Lebenden, wodurch ihm Gegenleistungen auferlegt sind, erwirbt. Ein solcher ist immer nur ein s. g. Singularsuccessor... (Ebendas. S. 631 Nr. 14.)

Erkenntniß des O.=G. zu Wolfenbüttel vom 6. März 1857: Der nicht bloß, wenn auch vorzugsweise, in Beziehung auf Bauergüter vorkommende Gutsübergabecontract, durch welchen ein Gutsbesitzer seine Grundstücke auf den Annehmer zum erblichen Besitz oder Eigenthum unwiderruflich und unmittelbar unter Verpflichtung desselben zur Uebernahme einer Leibzucht und etwaiger anderer Prästationen überträgt, ist ein dem deutschen Recht eigenthümliches Rechtsgeschäft, welches nach seiner rechtlichen Natur, Bedeutung und Wirksamkeit nicht zu den dem deutschen Recht gleichfalls angehörenden Erbverträgen gerechnet werden kann, indem der Umstand, daß die Gutsbesitzer häufig durch solche Verträge gegen eine nicht genügende Vergeltung bestimmte Vermögensgegenstände ihren Angehörigen zuwenden, auf welche diese erst nach ihrem Tode in Folge der eröffneten Erbschaft einen Anspruch erlangt haben würden, derartige Verträge, durch welche mit festgestellten, den Schenknehmern auferlegten Verpflichtungen diesen ein Vermögensobject definitiv übertragen und von den Schenkenden deshalb eine wirkliche Veräußerung vorgenommen wird, weit eher als donatio inter vivos sub modo, denn als deutsch=rechtliche Erbverträge, welche die künftige, noch nicht angefallene Erbschaft einer Person, eine Beerbung, zum Gegenstande haben, durch welche ein Erbrecht begründet oder aufgehoben wird, erscheinen läßt. (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. 2 S. 107).[1])

Erkenntniß des Ob.=Trib. zu Berlin vom 5. Juni 1849: Die s. g. anticipirte Erbfolge ist auch nach gemeinem Rechte nur eine Singular=Succession . . . Die Lehrer des gemeinen Rechts sind hierüber einverstanden.[2]) Puchta in seiner Schrift über die rechtliche Natur der bäuerlichen Gutsabtretung, welches Geschäft er in den §§ 7 f. ordentlicher Weise als Kauf angesehen wissen will, führt im § 17 aus, daß das, was die Kinder noch bei Lebzeiten der Eltern erhalten, nicht als eine antizipirte, wider die sonstige Regel schon vor dem Tode des Erblassers ihnen angefallene Erbschaft erscheine, sondern immer nur als eine Abfindung, wofür sie sich ihrer dereinstigen Erbansprüche für den Fall, daß ein anderer

---

[1]) Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 16. Juni 1857: Der Hofverlaßcontract vom 7. März 1850 ist ein hauptsächlich, wenn auch nicht allein, in bäuerlichen Verhältnissen vorkommender, dem deutschen Rechte eigenthümlicher Guts-Uebergabevertrag; denn er hat nicht eine künftige, noch nicht angefallene Erbschaft zum Gegenstande; durch ihn wird ein Erbrecht weder begründet, noch aufgehoben, sondern über das gegenwärtige bewegliche und unbewegliche Vermögen des Cedenten disponirt, dieses in das sofortige und ausschließliche Eigenthum des Andern gegen von demselben zu beschaffende Gegenleistung, mittelst einer gänzlichen und sofort wirksamen Veräußerung übertragen. (Ebendas. S. 105.)

[2]) v. Holzschuher, Theorie und Casuist. II. 2 S. 690. Pfeiffer, prakt. Ausführ. IV §§ 15, 149. Danz zu Runde V. 393.

Erbe statt ihrer vorhanden ist, begeben. Selbst ein mit dem Gutabtretungsgeschäft verbundener Erbvertrag könne eine antizipirte Erbfolge nicht begründen. (Striethorst, Archiv B. 20 S. 65 f.)

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 3. Februar 1858 (in Sachen der evangel. Kirchen-Gemeinde zu Brakel wider Segering gnt. Heßler S. 1252): Der Vertrag vom 28. März und 15. Oct. 1835, in welchem die Eheleute T. ihr sämmtliches Vermögen und namentlich die H.-Colonie ihrem Sohne, dem jetzigen Verklagten, abgetreten haben, gehört zu den in der Grafschaft Mark üblichen s. g. generellen Uebertragscontracten zwischen Eltern und Kindern, deren Zuläßigkeit im Allgemeinen Land-Recht Th. I Th. 12 § 656 und im § 19 des Anhangs zu § 646 Tit. 11 anerkannt worden ist. Durch einen solchen generellen Uebertragscontract geht allerdings das Eigenthum aller zur Zeit des Contracts den Uebertragenden gehörenden einzelnen Vermögensstücke, auch derjenigen, welche im Contracte nicht weiter bezeichnet sind, soweit sie nur nicht ausdrücklich oder stillschweigend ausgenommen worden, auf den Annehmer über, was im § 19 des Anh. und in den zu demselben ergangenen Präjudizien des Ober-Tribunals Nr. 1008 und 2000 anerkannt worden ist. Dieser Uebergang erfolgt unter Lebenden, weshalb auch der angeführte § 656 ausdrücklich bestimmt, daß solche Contracte als Verträge unter Lebenden anzusehen sind. Weder das deutsche Recht, unter dessen Herrschaft sich diese Uebertragscontracte ausgebildet haben, noch das Allgemeine Land-Recht kennen aber einen andern Uebergang eines Vermögensinbegriffes als einer universitas juris von Einem auf den Andern, als von Todeswegen. Der durch die in Rede stehenden Uebertragscontracte vermittelte Uebergang des augenblicklich vorhandenen Vermögens ist nur der Uebergang einer universitas rerum von Einem auf den Andern, hat daher durchaus den rechtlichen Charakter der Veräußerung einzelner Sachen und Rechte und der Uebernahme einzelner Verbindlichkeiten.

Aus dieser Auffassung des gedachten Rechtsgeschäftes folgt auch von selbst, daß dasselbe der Anfechtung wegen angeblicher Pflichttheilsverletzung nicht unterliegt.

Bopp im Archiv für prakt. Rechtswiss. VI S. 234 f.: Das O.-A.-G. zu Darmstadt hat durch Verfügung vom 17. Januar 1846 eine Anfechtung des Gutsanschlags[1]) wegen angeblicher Verletzung bei Lebzeiten des Anschlagenden im Beschwerdewege verworfen: „da nur wirkliche, bereits vorhandene Ansprüche eines Dritten einem Vertrage, wodurch solche Ansprüche verletzt werden würden, entgegengesetzt werden können, keineswegs aber ein in den Gesetzen nur im Allgemeinen begründetes, erst dereinst und nur

[1]) Vergl. M. Schäffer, das Institut des bäuerlichen Gutsanschlags. (Ebendas. IV S. 491 f.)

möglicherweise realisirbares Recht die Dispositionsbefugniß des gegenwärtigen Eigenthümers hindert, ein Anschlagsvertrag aber, betrachtet man ihn auch als eine anticipirte Erbfolge, doch erst mit dem Tode des Erblassers in allen Beziehungen die Wirkung einer wahren Succession erzeugt.[1])

Schon in älteren deutschen Partikularrechten wird dieses Rechtsgeschäftes gedacht. Dasselbe wird jedoch wegen seiner bedenklichen Folgen für die übertragenden Eltern als ein widerrufliches, von Todeswegen eingegangenes behandelt.

So verordnet die Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordnung von 1616 Th. III Cap. 10 § 10:

„Es hat sich auch biß anhero zugetragen, daß die Eltern jhren Kindern bey jhrem leben, entweder alle jhre Güter, oder je den mehrertheil, erblich vbergeben, vnd allein einen geringen außbehalt gethan haben, doch mit der Bedingnus, daß die Kinder eins vmb das ander, sie, die Eltern, mit kost vnd tranck, die zeit jhres lebens versorgen, vnd sie mit dem außbehalt jhres gefallens solten gewähren lassen. Wiewol nun zun zeiten etliche Kinder jhre Eltern der gebür vnderhalten, So hat sichs doch befunden, daß auch vil das gegenspiel gethan, vnd gleichwol hernacher den Eltern jhre Güter nicht widerumb zustellen, vil weniger aber andere gebür verzichten wöllen.

Dieweil dann hierauß groß klagens vnd vil ohnwillens entstanden, auch zun zeiten die Eltern bey jhrem leben erfahren, daß die Kinder vnd jhre Enckel alle vor jhnen verstorben, jhre Güter aber in frembden händen gewesen, vnd mit hunger vnd kummer das nachsehens haben müssen.

So setzen, ordnen vnd wollen Wir, daß all solche Vbergiften vnd gleichsam todtheilungen ins künftig eher nicht, biß nach der Eltern tod, für kräftig sollen geachtet noch gehalten werden, Sondern den Eltern bevor-vnd frey stehen sol, dieselbige Güter jederzeit, vnd wann es jhnen gefellt, aber doch mit vorwissen Vnserer oder Vnser Beampten, wider zu sich zu nemen, vnd jhres gefallens darmit zu schalten vnd zu walten." [2])

---

[1]) Vergl. auch Seuffert, Archiv XVII Nr. 76.

[2]) Vergl. auch das erneuerte L.-R. der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. II Tit. 14 § 8. „— So auch übergebungen zwischen eltern und kindern, die noch in der eltern gewalt seyn, geschehen, seind die nit anderst kräftig, dann durch absterben deß gebers, oder so das kind bey lebzeiten seines vatters, auß dessen gewalt erledigt, und sein selbst mächtig wird. Dann außerhalb dieser beyder fäll, mag die übergab, zwischen eltern und kindern beschehen, widerrufen werden. Wann aber der widerruf nicht geschehen, und die übergab durch deß gebers tod bestättigt, oder das kind deß vätterlichen gewalts, im leben deß vatters, erlassen würde, ist solche übergab beständig und kräftig. Es were dann, daß es so ein übermässige grosse gab were, daß die andern

Auf dem richtigen Standpunkte steht dagegen schon das Fürstlich Bamberg'sche Land-Recht von 1769, welches im Zweiten Anhange des Ersten Theils Tit. 1 „Von der Elterlichen Gütter-Uebergabe bey lebendigen Leibe" sehr ausführliche Vorschriften enthält, denen die an die Eltern gerichtete „wohlmeinende Erinnerung" vorangeht (§ 3):

> „bey dergleichen Gütter-Uebergaben sich wohl vorzusehen, nicht so leicht- oder ohnüberlegter Dingen darzu zuschreiten, oder wo es ja geschiehet, die Sach ausführlich beschreiben zu lassen, und sich besonders ihres hinlänglichen Unterhalts zu versichern, für welches letztere insbesondere die Vogtey-Herrschaften, vor denen solche Gütter-Uebergaben zu Stand kommen, oder allda bestättiget werden, fleißig Obsorg tragen, und denen Eltern die Umstände der Sach und künftige Folgen deutlich vorzustellen haben."

In neueren Gesetzbüchern wird dieser Vermögensübertragungen der Eltern an ihre Kinder keine besondere Erwähnung gethan.[1])

---

kinder, ihr pflicht oder gebürend natürlich theil nicht haben köndten, so diese donation bestehen solte. Auf welchen fall, biß zu erfüllung deß ermeldten pflichttheils, die übergab abzukürtzen und zu ringern. Und sollen diese übergaben, die über drey hundert gülden in fahrnuß, oder ligenden gütern, von eltern den kindern beschehen, allezeit vor den Amptleuten, Rath, oder Gericht, wie oben vermeldt, eingeschrieben werden."

Aehnliche Bestimmungen enthält auch das erneuerte Württemb. L.-R. von 1610 Th. II Tit. 18 §§ 6—9.

[1]) Der Württemberg'sche Entwurf eines Gesetzes in Betreff der Verträge über Erbschaften von 1840 bestimmt Art. 18: „Rücksichtlich elterlicher Vermögensübergaben und derjenigen Alimentationsverträge, wodurch sich Jemand für die gleichbaldige Abtretung seines Vermögens in lebenslängliche Verpflegung begibt, hat es bei den bestehenden Grundsätzen sein Bewenden. Auch bei diesen letzteren Verträgen sind jedoch die in gegenwärtigem Gesetze Art. 5—12 vorgeschriebenen Formen zu beobachten." (Aufnahme von einer mit bürgerlicher, streitiger oder willkürlicher Gerichtsbarkeit versehenen, vorschriftsmäßig besetzten Stelle.)

Sechster Abschnitt.

Vom Erbrechte der Ehegatten.

Allgem. Landrecht Th. II. Tit. 1.

Begräbniß.

§ 434. «Wird die Ehe durch den Tod getrennt, so muß der überlebende Ehegatte den Verstorbenen anständig begraben lassen.»

§ 435. «Können die Begräbnißkosten aus dem Nachlasse nicht bestritten werden, so ist der Ueberlebende zu deren Bezahlung soweit, als sein Vermögen hinreicht, verbunden.»

1. Die Beerdigungskosten sind zunächst eine Nachlaßschuld;[1]) sie sind daher aus dem hinterlassenen Vermögen des verstorbenen Ehegatten zu bestreiten.[2])

Auch nach römischem Rechte haftet der überlebende Ehemann immer nur insofern dafür, als er die dos gewinnt und auch nur verhältnißmäßig mit den Erben des übrigen Vermögens.[3]) Eine subsidiäre

---

[1]) B. I S. 167 f.

[2]) Voet, com. ad P. 23, 2 nr. 83: Funeris impensas, quae iu sepultnram coujugis defuucti erogatae suut, communioui haud imputari, sed solos defuncti heredes hisce ouerari, dnbinm esse nequit, si qnis consideret, morte conjugis connubialem finiri societatem, eâque demum finitâ hoc fnneris causa debitnm nasci, ac proinde nou posse esse commune ouus debiti illius, cujus tum nativitas tum causa demnm post communionis finem existere coepit.

[3]) Ulp. l. 16 D. de relig. (11, 7): In cnm, ad quem dotis uomiue quid perveuerit, dat Praetor funerariam actionem; aequissimum enim visnm est veteribus: mulieres, qnasi de patrimouiis suis, ita de dotibns funerari: et enm, qui morte mnlieris dotem lucratur, in funus conferre debere, sive pater mnlieris est, sive maritus. l. 13 C. de neg. gest. (2, 19): Qnod iu uxorem tuam aegram erogasti, non a socero repetere, sed affectioni

Haftungspflicht, wie sie der § 435 ausspricht, erkennt das römische Recht nur in Betreff des überlebenden Ehemannes an;[1]) die gemeinrechtliche Praxis hat jedoch dieselbe auch auf die Frau übertragen,[2]) nach dem angenommenen Grundsatze, daß die Begräbnißkosten zu den einem Unvermögenden zu entrichtenden Alimenten gehören.[3])

Nach diesem Gesichtspunkte ist aber auch die gedachte Verbindlichkeit an die Voraussetzung geknüpft, daß der überlebende Ehegatte zur Bestreitung dieser Kosten im Stande ist. Dies ist in den Schlußworten des § 435 ausgesprochen.

Gleiche Vorschriften, wie unser Landrecht, enthält das bürg. Gesetzbuch für das K. Sachsen.[4])

---

tuae debes expendere. In funus sane ejus, si quid eo nomine quasi recepturus erogasti, patrem, ad quem dos rediit, jure convenis.

Mevii dec. IX. 13: Heredes uxoris praedefunctae sive liberi sive extranei ut funeraria actione de impensis funebribus tenentur tanquam de debito non mariti, sed heredum, ita etiam cum dotem repetunt, deductionem patiuntur, nec ea istis adjudicanda aut adjudicata solvenda nisi cum ea deductione —. Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 25 def. 19. Impensae in uxoris defunctae exequias factae conjunctim, tam a marito superstite, quam heredibus, pro rata tamen solvendae sunt. S. Stryk, us. mod. P. Lib. 11 tit. 7 § 45. Berger, Respons. P. II resp. 108 nr. 4.

[1]) Pompon. l. 28 D. de relig. (11, 7): Quodsi nulla dos esset, tunc omnem impensam patrem praestare debere, Atilicinus ait, aut heredes ejus mulieris, puta emancipatae. Quodsi neque heredes habeat, neque pater solvendo sit: maritum in quantum facere potest pro hoc conveniri ne injuria ejus videretur, quondam uxorem ejus insepultam relinqui.

[2]) Carpzov l. c. def. 7. Si maritus non habeat, unde se alere, vel mortuus sepeliri possit, uxor ad faciendas impensas est obstricta. S. Stryk l. c.: Sequuntur conjuges, quos omnis fortunae socios constituit vinculum conjugale, imo Deus pro una carne eos reputat, quapropter nemo dubitabit, ex hoc vinculo necessitatem quoque funus alterius promovendi resultare.

[3]) v. Kreitmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. II Kap. 1 § 4 Nr. 21: Wann von dem Defuncto kein Erb oder Vermögen vorhanden ist, wovon die Funeral-Kösten bestritten werden könnten, so haften — in subsidium — alle jene, welche dem Verstorbenen allenfalls in Lebzeiten die Alimenta von Rechtswegen zu reichen gehabt hätten, dann das Argument ab alimentis ad expensas funeris ist von allen Rechtsgelehrten für richtig angenommen... Aus der nemlichen Ursach fallen — auf Absterben eines Ehegatten die Begräbnus-Kösten den überlebenden Ehegatten zur Last, wenn die eigene Mittel des Verstorbenen hierzu nicht mehr hinlänglich.

[4]) § 1634. „Der Ehemann ist verpflichtet... die Kosten der Beerdigung zu tragen, wenn sie (die Frau) vermögenslos stirbt." § 1637. „Ist der Ehemann verarmt und zur Erwerbung seines Unterhaltes unfähig, so hat die

Erbfolge. — Im Allgemeinen.

§ 438. «Die Rechte des überlebenden Ehegatten auf das Vermögen des Verstorbenen müssen zuvörderst nach den obwaltenden Verträgen; in deren Ermangelung nach gültig errichteten letztwilligen Verordnungen; wenn aber beide nicht vorhanden sind, nach den Gesetzen bestimmt werden.»

2. Erneuertes gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. IV Tit. 1 § 2 a. E. „— soll einem jeden freygestellt seyn, seines Vermögens halben, durch auffrichtung rechtmässiger Pacten und Gemächt, oder Testamenten und letsten Willen, Verordnung zu thun. Welchem alsdann vor allen Dingen gelebt und nachgesetzt; Und allererst in denen Fällen, da keine sonderbare Gemächt, oder kein lester Will rechtmässiglich auffgericht, Unser nachfolgendes Erb-Recht gehalten werden soll."

Polizeyordnung des Hertzogth. Magdeburg von 1688 Kap. 44 § 34. „— constituiren Wir hiermit gnädigst und wollen, daß hinführo bey ereignenden Todesfällen der Eheleute, vor allen Dingen die aufgerichteten und zu Rechte beständigen Ehestiftungen, im Mangel derselben aber die Willkühren jedes Orts, da welche der Succeßion halber vorhanden, erweißliche und vernünftige Gewohnheiten und des verstorbenen Ehegatten letzter Wille eigentlich und genau in Acht genommen werden sollen."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 6 § 35. „— soll auch hinführo — falls weder durch Bedingnisse, noch letzten Willen eine andere Fürsehung von Succession der Eheleute geschieht, alsdann lediglich dasjenige beobachtet werden, was im nächstfolgenden § von den unterschiedlichen Todesfällen deutlich verordnet ist."

Ehefrau ihn zu ernähren, auch, wenn er stirbt, aus eigenen Mitteln beerdigen zu lassen."

Nach dem aus dem Kanton Schwyz stammenden, jetzt in Abgang gekommenen Rechtssprichworte:

„Der Mann muß seine Frau thun bis auf den Kirchhof."

hat der Ehemann einer ohne Leibeserben gestorbenen Frau alle Kosten zu bestreiten, welche der Todesfall bis zum Begräbniß, dieses eingeschlossen, verursacht hat. Weitere Ausgaben, namentlich solche für die kirchlichen Exequien, die sich in der Regel viel höher belaufen, fallen auf die Erben. Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich, 1858) Nr. 165.

Vergl. Berger, oecon. for. Lib. II tit. 4 c. 45 nota 10: — at enim ad sumtus funeris in Saxonia non referri potest convivium funerale, das Leichentrauermahl, prouti Fac. Vitemb. respondit M. Febr. a. 1709.

I. Erbfolge aus Erbverträgen.

§ 439. «Erbverträge können Eheleute sowohl vor, als nach der Verheirathung schließen.»

§ 440. «Was von Erbverträgen überhaupt, und von Verträgen unter Verlobten oder Eheleuten insonderheit verordnet ist, findet auch bei solchen Erbverträgen Anwendung. (Th. I Tit. 12 Abschn. 2.)»

§ 441. «Doch ist die gerichtliche Aufnehmung eines Erbvertrages unter Eheleuten nur alsdann nothwendig, wenn die Frau dadurch an den nach den Gesetzen ihr zukommenden Rechten etwas verlieren soll.»

3. Bereits im vorigen Abschnitte ist der in Ehestiftungen enthaltenen Erbverträge der Ehegatten, unter Anführung der deutschen Rechtsquellen, gedacht worden (S. 325 f.). Es kann daher hier darauf Bezug genommen werden.[1] Nur einige Punkte bedürfen noch einer besonderen Erörterung.

a. Eheverträge können, wie der § 439 ausdrücklich bestimmt, sowohl vor als nach Eingehung der Ehe abgeschlossen werden. Dies ist auch in älteren Partikularrechten (mit Ausnahme einiger)[2] vorgeschrieben.[3]

---

[1]) Außerdem ist zu verweisen auf Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. II B. 1 S. 343—350. (Ueber pacta dotalia simplicia et mixta) und B. 2 S. 107—149 (der Erbeinsetzungsvertrag in Ehestiftungen). Buddeus in Weiske's Rechtslexicon III S. 597 ff.

[2]) Neu-revidirte Willkühr der Stadt Danzig von 1761 Th. II Cap. 6 Art. 7. „Diejenige Verabredungen, welche von ordentlich verlobten Personen dergestalt getroffen werden, daß sie in Ansehung ihrer künftigen Erb-Folge, oder auch der Administration ihrer Güter von denen hier gewöhnlichen Rechten abgehen, werden Heyraths-Noteln, oder Ehe-Pacten genannt, und müssen, fals sie von Gültigkeit seyn sollen, von denen Paciscenten, ehe dieselbe in die Flämische Erbgerechtigkeit treten, welche nach vollzogener Priesterl. Copulation und Beschreitung des Ehebettes ihren Anfang nimmt, Gerichtlich insinniret worden seyn; es wäre dann, daß Eheleute von einem auswärtigen Orte, alwo die Flämische Erbgerechtigkeit nicht statt hat, anhero gekommen, um sich hier zu saaßen, in die hier übliche Flämische Gemeinschaft aber nicht treten, und da sie desfals vorher noch keine zu Recht gültige Disposition gemacht, alhier eine Heyraths-Notel errichten wollen: Da dann denenselben innerhalb den ersten 6 Wochen nach ihrer Anherokunft solche Ehe-Pacten zu machen, und dieselbe Gerichtlich zu insinuiren frey stehen wird."

[3]) Auch nach gemeinem Rechte wird es angenommen. Lauterbach, Coll. P.

Erneuertes Württemberg. Land-Recht von 1610 Th. III Tit. 8 § 3. „Es sollen auch solche Eheberedungen, so durch die Eheleut gleich anfangs ihrer Verheyrathung, oder hernach in wehrendem Ehestand auffgerichtet, es seye darinn allein wegen Vererbung der Heyrathgüter, oder alles ihres übrigen Vermögens — vergleichung geschehen . . . nicht weniger dann ordentlich auffgerichtete Testamenten kräfftig seyn . . .“

Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 6 § 29. „Die zwischen Brautpersonen oder Eheleuten ihrer Güter, Kinder, Succession oder anderer Ehesachen halber vorgehenden Beredungen und Bedingnisse (Pacta dotalia) . . . mögen sowohl vor als nach der Copulation . . . errichtet werden —.“ [1])

Proj. Corp. Jur. Frid. P. I (1749) Lib. II tit. 4 § 2. „Die Eh-Pacten können vor und nach der Verlobung, auch sogar nach der Heyrath errichtet werden, (wiewohl das erstere am sichersten ist, weil beyde Theile, wann die Conditiones einander nicht anstehen, von denen Tractaten abstehen können).“

desgleichen im bürg. Gesetzbuche für das K. Sachsen:

§ 1691. „Ehestiftungen, Ehepacten, . . . können vor oder während der Ehe errichtet werden.“ [2])

Es fragt sich nun:

mit welchem Zeitpunkte treten die vor Eingehung der Ehe abgeschlossenen Erbverträge in Kraft?

Lib. 23 tit. 4 § 6. Brewer, an matrimonio jam indefinite contracto adhuc pacta dotalia condi queant (Bonn. 1782). Beseler II. 2 S. 127.

[1]) v. Kreitmayr a. a. O. Nr. 2: — Eine gewisse Zeit zu Errichtung sothaner Pactorum ist nirgend bestimmt . . . Schmid Jus Germ. p 157. Moser § 7. — Doch ist weit rathsamer und sicherer, daß man die Pacta noch vor der Ehe-Verlobnuß errichte, damit, wann allenfalls die Conditiones nicht anständig seynd, davon abstehen könne —.

[2]) Für Oesterreich ist durch das Hofdecret vom 25. Juni 1817 verordnet: „Erbverträge können auch von Brautpersonen geschlossen werden, sind aber nur dann giltig, wenn die Abschließung der Ehe wirklich erfolgt.“

Dagegen enthält der Großh. Hessische Entwurf Buch II Art. 437 die Bestimmung: „Nach abgeschlossener Ehe können die Ehegatten . . . weder einen Ehevertrag eingehen, noch einen eingegangenen Ehevertrag abändern . . . Diese Vorschriften gelten sowohl von dem einfachen als von dem gemischten Ehevertrage.“ Als Grund geben die Motive (S. 176) an: weil Eheverträge für die Dispositionsrechte der Ehegatten über ihr Vermögen maßgebend und darum auch unmittelbar auf die von den Ehegatten mit Dritten eingegangenen Rechtsverhältnisse einflußreich sind und eine diesen Dritten unbekannte, erst nach Abschluß der Ehe erfolgte Eingehung oder Abänderung des Ehevertrages für solche höchst nachtheilig werden könnte.

Läßt das positive Recht, wie es unser Landrecht thut, die Erbverträge ohne Beschränkung auf Ehegatten zu, so stellt sich die Frage zunächst dahin:

Ist die rechtliche Wirksamkeit eines unter Brautleuten abgeschlossenen Erbvertrages als durch die Ehe bedingt anzusehen?

Ist dies zu bejahen oder erkennt das betreffende Recht überhaupt die Erbverträge nur unter Ehegatten als zuläßig an, dann fragt es sich nur:

Mit welchem Momente nimmt die Ehe und die daran geknüpfte vermögensrechtliche Wirkung ihren Anfang?

Die Bejahung der ersteren Frage erscheint wohl unzweifelhaft. Jeder Ehevertrag hat seiner Natur nach das Zustandekommen der Ehe zum Zweck. Es liegt daher auch nichts näher, als daß die darin getroffenen erbrechtlichen Bestimmungen die Ehe zur Voraussetzung haben.[1])

---

[1]) Wernher, sel. obs. for. Tom. II P. VII obs. 173: Pacta dotalia, si inter sponsum et sponsam ineantur, ad futurum conjugium respectum habent, idemque supponere intelliguntur. Unde, quae in iis disposita sunt, vim obligandi non habent, sed corruunt, si matrimonium non consequatur; idque tacite subintelligitur, etsi verbis expressum haud sit. Neque adeo sponsalia ad hoc sufficiunt, praesertim hodie, ubi ad essentiam matrimonii copulam sacerdotalem requiri constat. Ita Ordo Vitemberg. Mens. Oct. 1701 respondit. (In den Gründen dieses Responsum wird gesagt: „— Dennoch aber und dieweil des Bräutigams einziges Absehen auf die Vollziehung der Hochzeit eingerichtet gewesen, immassen er dieses dadurch, daß er eine Theilung zwischen seinem Kinde erster Ehe und die so er von der vermählten Braut gehoffet… getroffen, genugsam an den Tag geleget; Ferner heutiges Tages bey Ermangelung der Priesterlichen Copulation keine Ehe vor gültig erachtet wird, noch deren Wirkung in der Succession der Eheleute mit sich führet, wie denn unter bloßen Verlobten die gemeine Rechte ebenfalls dasjenige, was in denen diesfalls getroffenen Handlungen enthalten, einzuheben nicht verstatten — l. 24 C. de nupt. — …So ist des obgedachten verstorbenen Pfarrers Braut aus angeregten Ehe-Pactis — etwas beständiger Weise zu fordern nicht befugt.")

Die entgegengesetzte Ansicht ist in einem von v. Bülow und Hagemann pract. Erört. II Nr. 58 S. 252 f. mitgetheilten Urtheil der Justiz-Canzlei zu Celle von 1798 ausgesprochen: — Wenngleich Beklagte, jetzt Leuterantin, da die priesterliche Trauung nicht durch ihre Schuld, sondern durch einen unvermeidlichen Zufall unterblieben (der Bräutigam war vor der priesterlichen Copulation auf dem Hingange zur Kirche am Schlagflusse gestorben) und der beiderseitige wirkliche Consens in die ordnungsmäßige unverzügliche Vollziehung der ehelichen Verbindung mittelst priesterlicher Copulation durch das öffentliche Aufgebot und den angefangenen Hingang zur

Was aber die zweite Frage betrifft, so findet dieselbe nach unserem Recht ihre Beantwortung in der allgemeinen Vorschrift des § 173 Tit. 1 Th. II A. L. R.:

„Die Rechte und Pflichten der Eheleute nehmen sogleich nach vollzogener Trauung ihren Anfang."

ein Rechtssatz, der schon aus der Bestimmung des § 136 folgt:

„Eine vollgültige Ehe wird durch die priesterliche Trauung vollzogen."

Es ist somit (übereinstimmend mit dem Proj. Corp. Jur. Frid.[1])) der älteren deutschen Rechtssitte, welche jenen Moment in die Vollziehung des ehelichen Beilagers verlegt,[2]) die Anerkennung versagt, wie sie auch im gemeinen deutschen Rechte nicht galt.[3])

Kirche also genugsam erklärt worden, daß Leuterantin für des verstorbenen N. N. rechte Ehefrau wohl zu achten und das ihr aus der gerichtlich vollzogenen Ehestiftung zukommende Erbrecht zu behaupten wohl befugt, mithin die eingeführte Appellation insofern nicht für unerheblich zu halten sein möchte, nachdem jedoch der Bescheid des Gerichts in Rechtskraft getreten und keine hinlänglichen causae restitutionis in integrum contra rem judicatam beygebracht worden, so behält es bei dem abschläglichen Bescheide sein Bewenden.

Bluntschli, Deutsch. Privatr. § 245 (3. Aufl. 1864): Die Beziehung dieser Erbverträge (der Erbverträge unter Ehegatten) zu der Ehe gehört zu ihrer Natur und um deswillen erfordern sie auch eine besondere Behandlung. Sind sie schon unter Verlobten zu Stande gekommen, so haben sie in der Regel nur insofern Gültigkeit, als die Ehe vor dem Tode des einen Theils wirklich zu Stande gekommen ist. Siebenhaar, Com. zum bürg. G.-B. für das K. Sachsen III S. 72: Werden Ehestiftungen vor der Ehe errichtet, so sind sie als von der aufschiebenden Bedingung abhängig zu betrachten, daß die Ehe werde geschlossen werden.

[1]) P. I (1749) Lib. II tit. III § 26: „Endlich wird auch zu einer rechtmäßigen Ehe erfordert, daß die priesterliche Einsegnung darzukomme: dann durch diese Copulation wird die Ehe substantiirt, und von dieser Zeit fangen alle die Vorrechte des Ehstands an, wann also z. E. der Mann nach der Copulation, ehe das Ehbett beschritten worden, verstirbt, führt das Weib als eine wahre Ehfrau dessen Nahmen, ihr gebührt das Gegen-Vermächtniß, Leibgeding, portio statutaria etc. außer der Morgengabe ..."

[2]) Sachsenspiegel B. I Art. 45 § 1. „Al ne si en man sime wive nicht evenburdich, he is doch ire vormünde, unde se is sin genotinne, unde trit in sin recht, svenne se in sin bedde gat..." B. III Art. 45 § 3. „Die man is ok vormünde sines wives to hant als sie ime getrüwet wert. Dat wif is ok des mannes genotinne tohant alse sie in sin bedde trit —." Sächs. Weichbild Art. 65. „Wenn man dem Mann das Weib vertrauet, und sie in sein Bette tritt, so ist sie des Mannes Genossen, und er ist ihr Vormund —." Schwabenspiegel (Laßbergsche Ausg.) 67 b.: „— si muz doch sin genozinne

Daß diese Rechtssitte übrigens, namentlich in Beziehung auf die Wirksamkeit der vermögensrechtlichen Bestimmungen der Ehepacten, feste Wurzel gefaßt hatte, bezeugen die älteren deutschen Partikularrechte.[4])

Stattrecht zu Asperg von 1510.[5]) „— Vonn Erbschaften, vnnd Anfangs von Ehegemecht, die noch nit beygeschlaffen seindt. Begibt sich, daß zway zu der Ehe greiffen, vnnd daß daß ein vor vnd ehe sie beyschlaffen, vnnd Inen die Ehe vor der Kirchen gemacht ist, mit Tod Abgehet, vnnd da Zwitracht' vnnd Krieg entstett, vmb daß

---

siu, als si an siu bette gat..." Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich, 1858) Nr. 174. „Ist das Bett beschritten, ist das Recht erstritten." (Loysel, Inst. coutum. ur. 140. „Au coucher gagne la femme son donaire." Coutumier de Chartres art. 52. „Femme gagne son douaire à mettre son pied au lit.")

In der ersten Hälfte des Mittelalters wurde die Ehe gewöhnlich nur dann für vollzogen gehalten, wenn die Decke Mann und Frau beschlagen. Es pflegte daher auch die erste Beschreitung des Ehebetts öffentlich zu geschehen... Vergl. Carpzov, Jurispr. for. P. III. const 19 def. 1 sqq.

[3]) Groenewegen, tr. de legib. abrog. et inusit. D. 23, 2 l. 6: Maritus, qui uxorem duxit, et ante congressum obiit, ab uxore lugendus est. Ideoque potest fieri, ut in hoc casu aliqua virgo et dotem et de dote habeat actionem. Quin imo et moribus nostris conjugalis bonorum communionis particeps fit; prout in supremo Hollandiae senatu ter judicatum refert Neostad... atque in Gallia passim consuetudine receptum esse testatur Moruac. Alibi vero ad hoc ut conjugalis bonorum societas obtineat indistincte requiritur ingressus thori maritalis... Goswin ab Esbach, Notae et animadvers. ad Carpzov. Jurispr. for. P. III const. 19 def. 3: — De jure communi vero, cum hodie per benedictionem sacerdotalem matrimonium consumatur, et post hanc ex sponso et sponsa vere fit uxor et maritus, non est dubitandum, si benedictione sacerdotali insecuta unus ex conjugibus ante conscensionem thalami moriatur, quin superstiti portio statuto vel pacto assignata debeatur. (Es ist dabei eine Reihe älterer Rechtslehrer angeführt.) — Gündler, Polemik des german. R. III § 520 a. Nach dem allgemeinen deutschen Recht treten alle Wirkungen der Ehe gleich nach der Trauung ein. — Durch die Trauung erhält sonach die Ehe erst ihre volle Kraft und Wirkung, aber auch sogleich von dieser Zeit an, so daß, wenn der Ehegatte kurze Zeit darauf verstirbt, ohne sich mit seiner Ehefrau fleischlich vermischt zu haben, letztere doch Alles von seinem Vermögen erhält, was die Gesetze bestimmt haben. Der Anfang der Ehe ist daher weder bei den Adeligen noch Bürgerlichen erst von der Zeit an zu rechnen, da sich die Eheleute ehelich beigewohnt haben...

[4]) Ueber das isländische Recht s. Rive, Geschichte der Deutschen Vormundschaft I S. 107 Note 81; desgl. über das schwedische und dänische Recht ebendas. S. 121 f. und über das Recht des Mittelalters ebendas. II S. 141 ff.

[5]) Fischer, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge (Mannheim, 1778) B. II S. 159.

Gutt, so soll keins daß ander erben, sondern solle daß abgestorben Gutte, seinen nechsten Freundten, sein vnnd Pleiben, vnnd dann sohaben sie beygeschlaffen, wa die dekhin denn Mann mit der Frawen beschlegt." [1])

Erneuertes gem. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. IV Tit. 2 § 1. „Was von der Eheleut Succession in diesem Unserm Land Rechten geordnet, das solle allein von denen Eheleuten so nach gehaltenem Kirchgang allberait zu ehelichem Beylager kommen, und die Deckin beschlagen, verstanden werden. Dann so der verlobt- und versprochenen Personen eine, vor gehaltenem Kirchgang, und ehe die Deckin durch Ehelichs Beylager beschlagen, verstürbe, soll, ohne sondere verschaffung oder Gemächt, das überlebend von dem verstorbnen (ausserhalb was es von demselben bey seinen Lebzeiten auff die Ehe oder sonsten Verehrungsweise empfangen) nichts erben." § 2. „Und wollen Wir solches nicht allein von ledigen, unbedingten, und unverschafften Erbfällen — verstanden, sondern auch dahin erstreckt haben: Wann nämlich bey denn Heyratstägen die verlobte Personen einander ihre zusammen bringende Güter, gäntzlich oder zum Theil, in denn Heyrathspacten verschafft, darbey aber nicht außtrucкenlich bedingt, daß solche Verschaffung alßdann ererst, da sie die Deckin beschlagen, und zu Ehelicher Beywohnung kommen werden, verbündtlich sein solle, &c. dann auch in solchem Fall, so derselben Verlobtes eines, vor gehaltnem Kirchgang und Ehelichem Beylager, tods verfahren, das Uberlebend deßjenigen, so ihme also im Heyrathspact verschafft worden, nicht Erbfähig." [2])

Erneuert. Land-Recht Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. IV Tit. 14 § 3. „Da sich aber zwey gegen einander verlobt, und ehe

---

[1]) „Dieselbe Vorschrift findet sich wörtlich in „der Statt Urach Brauch unnd Recht." Fischer a. a. O. S. 290.

[2]) Reyscher, das gem. und württ. Privatr. III § 551: Von Eingehung der Ehe, welche an bestimmte kirchliche Formen geknüpft ist, unterscheiden unsere Quellen die Vollziehung derselben. Grundsatz des älteren Rechts war, daß die Ehe erst beginne mit Besitzergreifung der ehelichen Rechte, d. h. nachdem die Braut Bank- und Bettgenossin des Mannes geworden. Dieß zeigte sich namentlich in dem Erbrecht der Ehegatten. Nach heutigem Recht ist das eheliche Band (vinculum matrimonii) zwar fertig mit gehaltenem Kirchgang; die persönlichen Wirkungen der Ehe (§ 552) treten hierauf unmittelbar ein; aber das eheliche Erbrecht ist in dem Landrecht ausdrücklich abhängig gemacht von dem ehelichen Beilager (Beschlagung der Decke), so daß bei unvollzogener Ehe der Ueberlebende von dem Verstorbenen nur dasjenige erhält, was ihm dieser zu Lebzeiten geschenkt, oder, abgesehen von der Ehe und ihren Wirkungen, besonders hinterlassen hat. Auch das im Ehevertrage dem Ueberlebenden eingeräumte Erbrecht soll im Zweifel als auf der Voraussetzung einer vollzogenen Ehe beruhend angesehen, und daher bei mangelndem Vollzuge der Ueberlebende nicht für erbfähig gehalten werden.

die hochzeit und beylager verbracht, eines vor dem andern mit tod abgienge, soll diese Unsere verordnung, der eheleut erbung halb, nicht statthaben, sondern allein von den eheleuten verstanden werden, welche nach gehaltenem kirchgang zu ehelicher beywohnung kommen, oder die decke mit einander beschlagen hetten."

Erneuerte Frankfurt. Reformation von 1611 Th. III Tit. 3 § 5. „— Setzen und ordnen Wir, daß alle Pacta und Geding, so in den Heurathsbrieffen abgeredt worden, anderst nicht verstanden, ihre Würcklichkeit erreichen, noch auch für kräfftig gehalten sollen werden, Es seyen dann beyde Ehegemahln, Christlicher Ordnung nach, öffentlich zu Kirchen gegangen, Ehelichen beygelegen, darauff einander Beywohnung gethan, vnd also rechte Eheleut worden. Derowegen, ob gleich der Breutgam, oder die Braut, nach vollbrachtem Kirchgang, desselben Tags, (doch vor dem Ehelichen Beylager) Todts verschiede, daß es doch vor kein vollkommliche Ehe (so viel die Erbschafft vnd andere Gewinne belangt) soll gehalten werden." § 6. „Doch, was beyde versprochene Ehegemahln zuvor auff die Ehe einander verehrt vnd geschenckt hetten, Das soll nichts destoweniger dem Letztlebenden eigenthümblich bleiben."

Nassau-Catzenelnbogische Land-Ordg. von 1616 Th. IV Cap. 16. „Was hieroben von Eheleuten, vnd deren succession, verordnet ist, solches sol nicht von Braut vnd Bräutigam, wie dasselbige sehr vil Rechtsgelehrten wollen, Sondern allein von solchen Eheleuten, die vor der Christlichen Kirchen zusamen copulirt worden, vnd das Ehebett mit einander beschritten haben, verstanden werden. — Darumb dann, vnd da sichs zutrüge, daß ein Braut, oder Bräutigam, alsobald nach beschehener copulation, vnd noch vff der Hochzeit, vor dem ehelichen beylager, todts verfahren würde, So sollen sie sich diser Vnser Ordnung, so vil die Erbschafft belangt, keines wegs gegen einander zu gebrauchen haben."

Constitutio Saxonica 19 P. III. „Wann die Braut oder der Bräutigam vor der Hochzeit, oder am Hochzeittage stirbt, ob dann das Ueberbleibende in des Verstorbenen Gütern das haben soll, was aus der Ehestiftung, Statut, Recht oder Gewohnheit ihm sonst, da der Ehestand vollkömmlich vollzogen wär, gebührt? Diese Frage ist sehr weitläufig: Unsere Verordnete aber halten dafür, daß der Oerter, da SachsenRecht gehalten, das Beilager oder das Bettbeschreiten erfolgen muß. Wenn dasselbige geschehn, und eins stirbt, soll dem Ueberbleibenden das folgen, was Ehestiftung, Statut, Gewohnheit oder das Recht ihm giebt. Und obwohl etliche der Meinung sind, da die Braut am Hochzeittage stürbe, wenn gleich das Bett nicht beschritten, daß auch zu Sachsenrecht solches genug seyn soll; dieweil aber dennoch die Verordnung des Sächs. Rechts diesfalls klar, und demselbigen billig nachgegangen wird, so haben Unsere Verordnete geschlossen, daß in diesem Fall der ersten Meinung im Sprechen zu folgen seyn solle." [1])

[1]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 19 def. 2. In foro Saxonico sponsus

(Die letztgedachte Verordnung ist wörtlich aufgenommen in das revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 und das verb. L.-R. des K. Preußen von 1721 Buch V Tit. 12 Art. 5 § 7.)

Chur-Triersches Landrecht von 1713 Tit. VI § 34. „Gegenwärtige Unsere Verordnung wegen Succession der Ehe-Leuth . . . wollen Wir nicht von Braut oder Bräutigam, so nach beschehener priesterlicher Einsegnung etwa vor dem ehelichen Beylager Tods verfahren, sondern, und zwar allein von denen Ehe-Leuten verstanden haben, welche nach ehelichem Beylager bis an ihr End einander eheliche Hülff, treue Beywohnung und Pflicht erzeigt haben . . .“

Vergl. auch die neu-revidirte Danziger Willkür von 1761 Th. II Cap. 6 Art. 7 (s. oben S. 425 Note 2).

b. In Ansehung der Form der Erbverträge unter Ehegatten ist gleichfalls auf die bereits im vorigen Abschnitte (S. 342 f.) enthaltene Rechtsentwickelung hinzuweisen.

Beseler a. a. O. S. 129 f. bemerkt hierüber:

Im gemeinen Recht trifft man auch hier wieder auf die Formlosigkeit der Verträge, welche ausdrücklich auf die Eheſtiftung wie auf den Erbeinsetzungsvertrag bezogen wird . . . Doch kommen im Partikularrechte verschiedene Formen für die Ehestiftungen vor.

a. Besonders wichtig ist es, daß viele Statuten die Zuziehung der nächsten Verwandten bei Abschließung der Ehestiftungen entweder ausdrücklich vorschreiben,[1]) oder doch nach altgermanischer Ansicht als gewöhnlich voraussetzen.[2]) Dadurch wird nicht bloß der

---

sponsave ante conscensionem thalami nihil lucratur de eo, quod sibi ex bonis defuncti conjugis debetur. (Leipz. Schöffenspruch vom Mai 1633); def. 3. Non facit copula sacerdotalis, ut defuncto ante conscensionem thalami conjuge, superstes ex statuto vel pactis dotalibus quicquam lucretur. (Leipz. Schöffenspruch vom Jan. 1632); def. 6. Nihil lucratur sponsus ex bonis sponsae a se impraegnatae, si ante copulam sacerdotalem ea decesserit. (Leipz. Schöffenspruch vom Decemb. 1630.) Vergl. auch Kind, Quaest. for. II c. 54.

[1]) S. Freiburger Stadtr. von 1520. Tractat 2. Tit. 2. — Solmser Landr. von 1571. Tit. 18. bei von der Nahmer, die Landrechte des Ober- und Mittelrheins. I. p. 43 ff. — Nassau-Katzenelnbogensche Landesordnung von 1616 Th. 4 Cap. 6 § 2 a. a. O. p. 113 ff. — Churpfälz. rev. Landr. von 1610 Th. 2 Tit. 22 pr. — Th. 3 Tit. 5. — Landrecht von Baden, Hochberg 2c. von 1622. Th. 4 Tit. 24. — Gewohnheitsr. von Landau § 1, 3 bei von der Nahmer a. a. O. II p. 871 ff. — Stadtr. von Wimpfen von 1775 Th. 1 Tit. 3 § 3 a. a. O. II p. 1044 ff.

[2]) S. Constitutio Joachimica v. 1527 in der Sammlung der Provinzial- und statutarischen Rechte der preußischen Monarchie I p. 24. — Statut von Salzwedel von 1527 (zuletzt confirm. 1713) bei A. W. Götze, das Provinzialrecht der Altmark Th. I Abth. 2 S. 7. — Joach. Scheplitz, consuetu-

ganzen für beide Familien so wichtigen Angelegenheit die gehörige Feierlichkeit gegeben, und sie eben als Familiensache bezeichnet, sondern es bietet sich auch für die Verwandten die Gelegenheit dar, an dem Vertrage als Contrahenten unmittelbar Antheil zu nehmen, und entweder rücksichtlich ihrer eigenen Beerbung Bestimmungen zu treffen, worauf das französische Recht ein so großes Gewicht legt,[1]) oder auch das von den Brautleuten Beredete durch ihren Beitritt zu befestigen und zu sichern. — Welche Verwandten übrigens hinzugezogen werden müssen, ist entweder von den Statuten ausdrücklich vorgeschrieben, oder hängt von der Sitte und der besonderen Beredung der Parteien, oder von den Umständen ab. Daß unter der nächsten Freundschaft, die berufen wird, stets auch die noch lebenden Eltern oder Großeltern gemeint sind, versteht sich; die nächsten männlichen Verwandten, zumal solche, zu denen die Brautleute in respectu parentelae stehen, und die als gesetzliche Vormünder fungiren oder doch fungiren könnten, schließen sich an sie an oder ersetzen sie. Fehlt es an solchen Verwandten, welche die Familie passend repräsentiren, so wird meistens die Gegenwart anderer ehrsamer Leute verlangt, denn, wie das freiburger Stadtrecht sagt, sollen die Eheberedungen nicht in Winkeln geschehen. Doch genügt in der Regel die Zuziehung der genannten Personen nicht zur formellen Gültigkeit der Ehestiftungen, für die noch andere Bestimmungen vorgeschrieben zu seyn pflegen.

b. Besonders gebräuchlich ist die gerichtliche Abschließung des Geschäftes. Diese ist aber nicht immer der äußeren Form wegen vorgeschrieben, wie es auch allerdings zuweilen der Fall ist, sondern noch häufiger wegen der Confirmation des Geschäftes, welche das Gericht nach angestellter Causä Cognitio zu ertheilen hat. Wenn aber nicht besondere Verhältnisse vorliegen, und namentlich das Vorhandensein von Kindern erster Ehe nicht Einkindschaft, Absonderung und dgl. nöthig macht, pflegt eine solche gerichtliche Confirmation nur für die Eheberedungen der Landleute gefordert zu werden, und trifft dann mit der des Gutsherrn nahe zusammen. In diesem Fall kann über die Frage, welches Gericht competent ist, nicht leicht ein Zweifel entstehen; es wird in der Regel das ordentliche Gericht des Bräutigams seyn; für die bloße gerichtliche Abschließung des Geschäftes ist wohl im Allgemeinen auch das dem ordentlichen Gericht des Bräutigams entsprechende am Orte des Vertrages zuständig, also namentlich das der Braut, wenn nicht das Gesetz eine Beschränkung enthält, oder die Eintragung der Ehepacten in bestimmte Gerichtsbücher als Theil der Form vorgeschrieben

dines elect. et march. Brandenb. lib. I pars III tit. 2 § 5. — Hamburger Stadtr. von 1603 Th. II Tit. 11 Art. 11. — Manderscheid-Blankenheimsche Rechtsordnung von 1768 Tit. 5 § 1 bei Maurenbrecher, rhein-preuß. Landrechte II p. 305 ff. — Cod. Max. bav. civ. Th. I Cap. 6 § 29.

[1]) Code civ. liv. III tit. II chap. VIII.

ist, oder behufs besonderer Zwecke die Intabulirung in Hypothekenbücher nothwendig wird, was denn aber wieder etwas anderes, als die Eingehung des Ehevertrages im Allgemeinen betrifft.

c. Mit der gerichtlichen Abschließung der Eheverträge ist die Schriftlichkeit derselben jedenfalls so weit verbunden, als die Hauptpunkte zu Protokoll kommen. Aber die schriftliche Abfassung kann auch eine selbständige Form bilden, indem sie entweder vor Notar und Zeugen geschehen muß, oder die Urkunde doch sonst mit Unterschrift und Siegel zu befestigen ist. Ein bloßer schriftlicher Aufsatz ohne alle äußere Förmlichkeit nützt natürlich nur wenig, wogegen allerdings der gemeinrechtliche Grundsatz, daß der Ehevertrag, wes Inhalts er auch sey, ohne alle Schrift gültig besteht, ganz widersinnig ist. Selbst die Bestimmung einzelner Particularrechte, daß die Ehestiftung entweder schriftlich oder vor Zeugen abgefaßt werden soll, ist unpassend, da dieses Geschäft in seiner Geltung auf die Dauer berechnet ist.

d. Man findet auch wohl, daß in Statuten eine bestimmte Form vorgeschrieben ist, die aber nicht als wesentlich gelten soll, sondern durch jeden über die Perfection des Geschäfts geführten Beweis ersetzt werden kann. Dieser laxe Grundsatz, der die Bedeutung einer gesetzlich festgestellten Form ganz aufhebt, darf aber nur da anerkannt werden, wo das Gesetz ihn ausdrücklich sanctionirt hat.

In Betreff des Preußischen Rechts ist durch die Präjudizien unseres Ober-Tribunals festgestellt:

Bei einem Erbvertrage unter Eheleuten, durch welchen die Ehefrau an ihrem gesetzlichen Erbfolgerechte nichts verliert, bedarf es der Zuziehung eines Beistandes für die Ehefrau auch dann nicht, wenn der Erbvertrag gerichtlich geschlossen ist.

Präjud. 2114 vom 16. April 1849 (Entscheid. B. 17 S. 514 f.).[1]

Auch Erbverträge unter Eheleuten bedürfen zu ihrer Gültigkeit der bei Testamenten zur Anwendung kommenden Form, selbst dann, wenn die Ehefrau darin von ihren Successionsrechten nichts aufgibt.

Soll aber Letzteres geschehen, so ist die bloße gerichtliche Uebergabe des Erbvertrages nicht hinreichend, vielmehr muß dessen Aufnahme zum gerichtlichen Protokoll erfolgen.

Präjud. 2321 vom 22. October 1851 (Entscheid. B. 21 S. 204 f.).

Die Zuziehung eines Protokollführers ist bei solchen Ehestiftungen, in denen auch über die künftige Erbfolge der Ehegatten etwas bestimmt wird, wenn sie gerichtlich aufgenommen werden, nothwen-

[1] Vergl. Erkenntniß vom 24. Februar 1851 (Striethorst, Archiv B. 1 S. 252 f.).

dig, und findet dann der § 10 zu 5 Tit. 1 Th. II der Allgem. Ger.-Ordn. Anwendung.

Präjud. 2507 vom 27. März 1854 (Entscheid. B. 27 S. 459 f.).[1]

c. In unserer Vormundschaftsordnung (A. L. R. Th. II Tit. 18 §§ 776—779)[2]) finden sich besondere Vorschriften über die Erbverträge heirathender Pflegebefohlenen, die zwar an sich ohne allen Werth, aber doch insofern beachtenswerth sind, als daraus hervorgeht, daß bei dieser Art von Erbverträgen die Vertretung Handlungsunfähiger durch den Vormund zugelassen wird.[3])

So bestimmt auch die neu-revidirte Willkühr der Stadt Danzig von 1761 Th. II Cap. 6 Art. 8:

„Alle diejenigen, so sich verheyrathen können, haben auch Fug und Recht, Heyraths-Noteln zu machen, wann sich nur bey ihnen keines derer Hindernisse findet, wegen welcher die Gesetze überhaupt verbieten Testamente zu machen . . . Jedoch stehet es auch Unmündigen, welche sich verheyrathen, frey, Heyraths-Noteln[4]) zu machen mit Consens dererjenigen Personen, deren Einwilligung zu ihrer Heyrath erfordert wird."

---

[1]) Gleicher Ansicht ist Koch, Recht der Ford. II S. 206, 207 (2. Ausg.) und Bornemann VI S. 141.

[2]) § 776. Sollen bey Verheirathung eines oder einer Pflegebefohlnen, Verträge wegen der künftigen Erbfolge geschlossen werden: so muß der Vormund das Interesse der Pflegebefohlnen redlich besorgen, und die Approbation des vormundschaftlichen Gerichts einholen.

§ 777. Weder der Vormund, noch das Gericht, machen sich verantwortlich, wenn sie in Ansehung der Erbfolge bey den Verordnungen der Gesetze stehen bleiben.

§ 778. Soll durch dergleichen Verträge gewissen Vortheilen entsagt werden, welche die Gesetze den Pflegebefohlnen in dem künftigen Nachlasse ihres Ehegatten anweisen: so muß der Vormund die dazu vorwaltenden Gründe dem vormundschaftlichen Gerichte zur besondern Prüfung anzeigen.

§ 779. Findet das Gericht, daß der Vortheil, welchem entsagt werden soll, von dem Nutzen, welchen die Pflegebefohlnen aus dieser Entsagung vernünftiger Weise erwarten können, überwogen werde; und genehmigt also dasselbe die Entsagung: so kann weder ihm, noch dem Vormunde, ein widriger Erfolg zur Last gelegt werden.

[3]) Vergl. oben S. 337 f. Es ist freilich aus diesen Vorschriften nicht mit Bestimmtheit zu ersehen, ob damit auch Erbverträge gemeint sind, die der Pflegebefohlene über seinen eigenen künftigen Nachlaß schließt. Wahrscheinlicher Weise hat man jedoch dabei den gewöhnlichen Fall, nämlich wechselseitige Erbverträge, im Auge gehabt.

[4]) Was darunter zu verstehen, sagt Art. 7 f. oben S. 425 Note 2.

§ 442. «Wenn Erbverträge unter Eheleuten durch gegenseitige Bewilligung wieder aufgehoben werden sollen, so muß diese Einwilligung, sobald dabei die Frau im Verhältnisse gegen die in dem Vertrage ihr zugesicherten Rechte etwas verlieren soll, gerichtlich erklärt werden.»

§ 443. «So lange dergleichen gerichtliche Erklärung nicht erfolgt ist, besteht ein solcher Erbvertrag, wenngleich aus der Ehe Kinder erzeugt worden, die aber vor den Aeltern wieder verstorben sind.»

§ 444. «Sind aber bei dem Tode des einen Ehegatten Kinder oder andere Abkömmlinge aus dieser Ehe vorhanden, und ist ihretwegen in dem Erbvertrage nichts bestimmt: so finden eben die Vorschriften Statt, wie in dem Falle, wenn in einem Testamente wegen nachgeborener Kinder nichts verordnet ist. (Tit. 2 Abschn. 5.)»

4. Erbverträge unter Ehegatten können, wie jeder Erbvertrag überhaupt, nur mit Bewilligung beider Theile wieder aufgehoben werden.[1]) Liegt eine solche Willensübereinstimmung vor, so steht die besondere Natur des Erbvertrages als eines Ehevertrages der Aufhebung nicht entgegen.[2])

---

[1]) Siehe oben S. 370 f.

[2]) Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Stuttgart vom 22. Februar 1854: Ein Ehemann entschloß sich in Folge ehelicher Zwistigkeiten von seiner Frau sich zu trennen, und nach Amerika auszuwandern. Er schloß daher mit seiner Frau einen „Abfindungsvergleich," wodurch der Ehe- und Erbvertrag aufgehoben, und der Frau das ganze Beibringen des Mannes gegen eine baar hinauszuzahlende Abfindungssumme überlassen wurde.

Der betr. Inhalt dieses Abfindungsvergleichs wurde nun in einem Rechtsstreite von der Curatel des Kindes als ungültig darzustellen gesucht, weil er gegen den Bestand der Ehe gerichtet sey. Jedoch ohne Erfolg. Nach der Praxis (sagen die oberstrichterlichen Entscheidungsgründe) ist ein Vertrag, wenn er auch, wie der vorliegende, Bestimmungen bezüglich der Auflösung des Ehebandes enthält, hinsichtlich der zugleich getroffenen Bestimmungen über die Vermögensrechte der Ehegatten aufrecht zu erhalten, wenn nicht letztere Bestimmungen in einem untrennbaren Zusammenhang mit den gegen die Ehe gerichteten Bestimmungen stehen, und es tritt die Nichtigkeit des ganzen Vertrages nur dann ein, wenn die Auflösung der Ehe oder bestimmt hierauf

Was die **Form** derselben betrifft, so geht aus der Vorschrift des § 442, in Verbindung mit der des § 441, klar hervor, daß die Aufhebungsform unter denselben Grundsätzen steht, wie die Eingehungsform. Dies ist auch der Natur des Erbvertrages, als einer über das Erbfolgerecht getroffenen Verfügung, vollkommen gemäß. Das hier noch hinzutretende **Vertragselement** kann natürlich keine Aenderung verursachen, da dasselbe nur zur Folge hat, daß die Aufhebung **von beiden Theilen gemeinschaftlich** erklärt werden muß. Es erscheint daher die Bestimmung des § 636 Tit. 12 Th. I durchaus zutreffend, welche durch die Bezugnahme auf die §§ 587 ff. daselbst auf die Testamentsform hinweist.[1])

Von der Aufhebung des Erbvertrages selbst ist übrigens die vertragsweise erfolgte Aufhebung der Unwiderruflichkeit desselben, also die Beseitigung des im Erbvertrage enthaltenen Widerrufsverzichts, zu unterscheiden. Es bleibt damit der **Inhalt** des Erbvertrages — also die erklärte Erbeinsetzung oder Vermächtnißzuwendung — bestehen; es wird nur dem Verfügenden der Widerruf dieser auf den Todesfall getroffenen Anordnung freigegeben — mit andern Worten der Erbvertrag in ein **Testament** (Codicill) verwandelt, das so lange fortbesteht, bis es in gehöriger Form widerrufen ist. Ein solcher Vertrag kann daher an die Formen des Erbvertrages nicht gebunden sein, er ist vielmehr nach den gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen.[2])

---

abzweckende Schritte die Bedingung oder erklärte Voraussetzung der Bestimmungen über das Vermögen bilden.

Dieß trifft im vorliegenden Fall nicht zu, da die Beredungen über die Vermögensverhältnisse auch bei Fortdauer der Ehe, unbeschadet derselben, zum Vollzug kommen konnten. Die wechselseitige Entsagung auf ein Erbrecht des einen Gatten an dem Vermögen des andern beweist, daß die Festsetzung der Vermögensverhältnisse auch für den Fall einer nicht erfolgenden gerichtlichen Scheidung der Ehe gelten sollte, da nur bei der Voraussetzung des Fortbestandes der Ehe ein Erbrecht des Ehegatten und also auch ein Verzicht hierauf denkbar ist. Zudem waren Bestimmungen über die Vermögensverhältnisse schon durch die beabsichtigte Auswanderung des Ehemanns, an welcher derselbe durch kein Gesetz gehindert war, nothwendig geworden &c. (**Seuffert**, Archiv VII Nr. 274.)

[1]) So verordnet auch das privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2134. „Der gegenseitige Erbvertrag kann in denselben Formen aufgehoben werden, wie das Testament. Es bedarf jedoch dazu der Mitwirkung beider Vertragspersonen."

[2]) G. **Hartmann**, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten (Braunschw. 1860) S. 66 f.: Es kann unmittelbar der Wille der Parteien sein, welcher auf Beseitigung bloß des Verzichts

5. Ueber den Satz: „Kinderzeugen bricht Ehestiftung" ist bereits im vorigen Abschnitte S. 390 f. gehandelt worden.

6. Wie der in Ehestiftungen enthaltene Erbvertrag die Eingehung der Ehe zu seiner Voraussetzung hat, so ist seine Wirksamkeit auch durch den Fortbestand der Ehe bis zum Tode des einen Ehegatten bedingt. Die Scheidung zerstört wie das gesetzliche, so auch das vertragsmäßige Erbrecht des überlebenden Theils.[1]) Doch wird der Erbvertrag zu Gunsten des schuldlosen Ehegatten in der Art aufrecht erhalten, daß dieser von dem schuldigen Theile, gleich als wenn Letzterer an dem Tage des publicirten und rechtskräftig gewordenen

---

gerichtet ist... Soll ein ohne Vorbehalt geleisteter Verzicht durch Rechtsgeschäft getilgt werden, so kann dies Rechtsgeschäft eben nur ein Vertrag sein, bei welchem das Hauptgewicht immer auf der Einwilligung des Instituirten beruhen würde. Die Gültigkeit eines solchen Vertrages, welcher durchaus nicht mit dem Erbverzicht der herrschenden Theorie verwechselt werden darf, folgt schon aus der allgemeinen Rechtsregel „omnia, quae jure contrahuntur, contrario jure pereunt" (l. 100 D. de R. J.), von welcher Regel die besondere Natur unseres Institutes eine Ausnahme nicht begründet.

Unger § 26 a. E.: Der im Erbvertrage enthaltene Widerrufsverzicht kann durch formlose Vereinbarung mit dem Vertragserben aufgehoben werden; hierdurch erlangt aber der Erblasser nur die rechtliche Möglichkeit, die Erbeinsetzung in einer der vorgeschriebenen Formen zu widerrufen. (Es muß also zu jener vertragsmäßigen Verzichtleistung des Vertragserben noch einer der Vorgänge, wodurch eine testamentarische Erbeinsetzung widerrufen wird, hinzukommen, damit der Vertragserbe von der Erbfolge wirklich ausgeschlossen sei.)

[1]) Bluntschli, Deutsches Privatr. (3. Aufl.) § 245. Beseler, II. 2 S. 147. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 10. November 1849: Bei Erbverträgen zwischen Ehegatten, mögen dieselben in Ehepacten enthalten, oder für sich errichtet sein, muß angenommen werden, daß die durch selbige einem Ehegatten zugesicherten Successionsrechte ihm als solchem und wegen dieser seiner Eigenschaft eingeräumt, mithin durch die Fortdauer der Ehe bis an den Tod stillschweigend bedingt sind. (Seuffert, Archiv VI Nr. 224.)

Oesterr. bürg. G.-B. § 1265. „Wird eine Ehe für ungültig erklärt, so zerfallen auch die Ehepacten —." § 1266. „Wird die Trennung der Ehe auf Verlangen beider Ehegatten — verwilliget, so sind die Ehepacte, soweit darüber kein Vergleich getroffen wird, für beide Theile erloschen..."

Sächs. bürg. G.-B. § 1706. „Ehestiftungen erlöschen, wenn die Ehe in Folge Anfechtung aufgehoben oder geschieden, oder eine Trennung der Ehegatten von Tisch und Bette auf Lebenszeit erkannt wird, soweit nicht Bestimmungen für diese Fälle getroffen worden sind..."

Privatr. G.-B. für den K. Zürich § 2135. „Ueberdem verliert ein wechselseitiger Erbvertrag unter Ehegatten in Folge später eingetretener Scheidung von selbst seine Gültigkeit."

Scheidungsurtels gestorben wäre,[1]) der Regel nach alles ihm im Vertrage auf den Todesfall Verschriebene als eine ihm zukommende Abfindung zu erhalten hat.[2])

---

§ 447. «Wenn es nach der Fassung zweifelhaft ist, ob Eheleute einen Erbvertrag, oder nur ein wechselseitiges Testament haben errichten wollen: so wird letzteres vermuthet.»

7. Im gemeinen Recht wird von den meisten Rechtslehrern, die hier überhaupt eine gesetzliche Vermuthung gelten lassen, die entgegengesetzte aufgestellt.[3])

So bestimmt auch das Baierische Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 11 a. E.:

„7mo Werden dergleichen reprocirliche Dispositionen in Dubio alle-

---

[1]) § 784 d. T. v. Kreittmayr Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. I Kap. 6 § 43 Nr. 1: Die Ehescheidung würkt so viel, daß der schuldige Theil in Ansehen des anderen gleichsam pro mortuo geachtet wird, woraus sich der rechtliche Schluß von selbst ergibt, daß Parti innocenti regulariter alles zukommt, was ihm auf den Fall gebührt hätte, wenn Pars nocens würklich vor ihm abgestorben wäre.

[2]) § 792 d. T. Baier. Landr. Th. I Kap. 6 § 43. „Wenn eine gültige Ehe aus Verschulden des Ehemannes — zu Tisch und zu Bett geschieden wird, so nimmt die Frau alles zu sich, was ihr auf den Fall, wenn der Mann vor ihr gestorben wäre, von Bedingung oder von Rechtswegen gebührt hätte..." Oesterr. bürg. G.-B. § 1266. „— Wird auf Trennung der Ehe durch Urtheil erkannt, so gebührt dem schuldlosen Ehegatten — von dem Zeitpunkte der erkannten Trennung alles dasjenige, was ihm in den Ehepacten auf den Fall des Ueberlebens bedungen worden ist..."

[3]) Böhmer, Decis. et cons. T. II p. 1 nr. 686. S. Stryk, de test. conj. recipr. § 74. Leyser, med. ad P. spec. 308 m. 4. v. Bülow u. Hagemann, pract. Erört. B. 3 S. 179. Gründler, Polemik des german. R. III § 672. Letzterer bemerkt jedoch nach Anführung der verschiedenen Meinungen: Wenn man von dem Grundsatz ausgeht: daß ein bindender Vertrag niemals im Zweifel, sondern nur da anzunehmen ist, wo sich juridische Gewißheit darüber erlangen läßt, daß Gebundenheit in der Absicht lag, so kann wohl im Allgemeinen nicht für einen Erbvertrag die Vermuthung seyn; ein reciprokes Testament läßt sich um desto eher vermuthen, weil Erbverträge selten eingegangen werden, und vorzüglich, wenn Ehegatten sich wechselseitig zu Erben einsetzen, die Form der Testamente zum Grunde liegt.

Vergl. auch Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. II B. 1 S. 331 f.

zeit mehr pro Pactis Successoriis, als Testamentis geachtet, sofern nicht die Disponenten ihre Disposition selbst also benennen, mithin Animum et Voluntatem testandi ausdrücklich zu Tage legen." [1])

---

§ 448. «Ist aber die Erbfolge durch einen wirklichen Vertrag bestimmt: so steht es nicht in der Macht des Ueberlebenden, von dem Vertrage abzugehen, und die gesetzliche Erbportion zu wählen.»

§ 449. «Doch kann diese Wahl, in dem Vertrage selbst, dem überlebenden Ehegatten vorbehalten werden.»

§ 450. «Auch ohne dergleichen Vorbehalt bleibt die Wahl dem Ueberlebenden alsdann frei, wenn über den Nachlaß des Verstorbenen in dem Vertrage ausdrücklich zum Besten einer gewissen bestimmten Person verordnet, und diese Person zur Zeit des eintretenden Sterbefalles nicht mehr vorhanden ist.»

8. In Betreff dieser Vorschriften ist auf die Erörterungen zu

---

[1]) Der gleichen Ansicht folgt ein Erkenntniß des A.-G. zu Leipzig: — Soll aus den gebrauchten Worten oder Formen die Absicht der Contrahenten, einen widerruflichen Vertrag zu errichten, abgeleitet werden, so müssen diese, in Verbindung mit den übrigen actenkundigen und erwiesenen Thatsachen vernünftiger Weise eine andere Auslegung gar nicht zulassen. (v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfr. Nr. 170.) Hier ist allerdings das Vorhandensein eines Vertrages vorausgesetzt und nur die Widerruflichkeit oder Unwiderruflichkeit desselben zur Frage gestellt. Von einem Vertragswillen läßt sich aber gar nicht reden, wenn der willkürliche Widerruf gestattet sein soll.

Im Sinne unseres Landrechts ist die Frage in einem Erkenntnisse des obersten Gerichtshofes zu Wien vom 11. März 1857 entschieden: Im § 3 der von den Ehegatten N. N. errichteten „Ehevertrag" überschriebenen Ehepacten heißt es: „Beide Theile setzen sich hiermit gegenseitig zu alleinigen Erben ihres ganzen Vermögens ein." Nach dem Tode des Mannes entstand zwischen der überlebenden Frau und den Schwestern des Verstorbenen darüber Streit, ob diese Erbeinsetzung als Testament oder als Erbvertrag anzusehen sei. Der oberste Gerichtshof nahm Ersteres an. Der Wortlaut des § 3 enthält eine einfache wechselseitige Erbeinsetzung, eine letztwillige Erklärung beider Ehegatten, wodurch sie sich in einem und demselben Aufsatze gegenseitig zu Erben ernannten, mithin ein wechselseitiges Testament. Aus diesem Wortlaute der letztwilligen Verfügung kann aber um so weniger ein Erbvertrag

§ 642 Tit. 12 Th. I,[1]) von welchem der § 448 d. T. eine bloße Anwendung enthält, zurückzuweisen.

Ehevermächtniß.

§ 452. «Der Theil des Vermögens, welchen die Ehefrau dem Manne auf den Todesfall durch Vertrag aussetzt, heißt das Ehevermächtniß.»

§ 453. «Während des Lebens beider Eheleute hat der Mann, des Ehevermächtnisses wegen, keine besondere Rechte in dem Vermögen der Frau.» [2])

§ 454. «Ist dem Manne eine bestimmte Sache oder Summe zum Ehevermächtnisse beschieden, so wird er, in Beziehung auf die Erben der Frau, als Legatarius angesehen.»

§ 455. «Besteht aber das Ehevermächtniß aus einem nur in Verhältniß gegen das Ganze bestimmten Theil (pars quota) des Nachlasses, so hat der Mann die Rechte und Pflichten eines Miterben.»

9. Diese Bestimmungen, durch welche anscheinend ein ganz neues Institut — ein Seitenstück zum „Erbschatz" — in das Rechtsleben hat eingeführt werden sollen, sind ohne alle Bedeutung. Es ist damit nichts weiter gesagt, als: die Frau kann ihr Vermögen ganz, oder theilweise oder einzelne Stücke daraus, ihrem Manne durch Erbvertrag auf den Todesfall zuwenden. Hierin ist etwas der Ehe Eigenthümliches, was unter einem besonderen Namen hervorzuheben wäre, durchaus nicht zu finden.

---

abgeleitet werden, weil diese gegenseitige Erbeinsetzung weder bedungen und angenommen, noch auf irgend eine andere Art für unwiderruflich erklärt wurde... (Glaser's und Unger's Sammlung I Nr. 311.)

[1]) Abschnitt V Nr. 19.

[2]) Vergl. Ulp. l. 11 pr. D. de donat. int. vir. et ux. (24, 1): Sed interim res non statim fiunt ejus, cui donatae sunt, sed tunc demum, cum mors insecuta est. Medio igitur tempore dominium remanet apud eum, qui donavit.

Gegenvermächtniß, Leibgedinge und Witthum.[1])

§ 456. «Was der Mann der Frau aus seinem Vermögen eigenthümlich aussetzt, heißt das Gegenvermächtniß.»

§ 457. «Wird der Frau nur der Nießbrauch gewisser Güter oder Capitalien angewiesen, so heißt es ein Leibgedinge.»

§ 458. «Eine jährliche Summe, die der Frau aus dem Nachlasse des Mannes zu ihrem Unterhalt während des Wittwenstandes ausgesetzt worden, wird Witthum genannt.»

10. Bluntschli, Deutsches Privatrecht (3. Aufl. 1864) § 204: Das deutsche Recht ist reich an Instituten, welche aus Sorge für den überlebenden Ehegatten entstanden und üblich geworden sind. Es wirkt in denselben die Innigkeit des ehelichen Lebens und die liebende Sorge der Ehegatten für einander auch nach dem Tode des einen Ehegatten zu Gunsten des überlebenden nach. Die einen Institute setzen ein besonderes Rechtsgeschäft unter den Ehegatten voraus, die andern beruhen auf einer allgemeinen Sorge der Rechtsordnung selbst. Zu den erstern gehört das alte Leibgedinge (in der mittelalterlichen Rechtssprache auch dos und Leibzucht oder Widem genannt), das schon in den Urkunden aus der Periode der Karolingischen Monarchie oft erwähnt wird . . .[2]) Aus dem alten Leibgedinge ist das neuere Witthum (vidualitium, douaire) hervorgegangen. Es kam später außer Uebung, der Wittwe schon bei Lebzeiten des Mannes ein dingliches

---

[1]) Carpzov, Jurispr. for. P. II const. 42, 44. Haubold, diss. de dotalitio neccessario (1797). Opusc. V. II.

Eckardt, das Witthum oder Dotalitium und Vidualitium in ihrer historischen Entwickelung quellenmäßig dargestellt (in der Zeitschrift für deutsches Recht X S. 437—493).

Sehr ausführliche Bestimmungen hierüber enthält das Proj. Corp. Jur. Frid. P. I (1749) Lib. II tit. IV art. 4 §§ 105—125, art. 5 §§ 125—137.

[2]) Der Mann bestellte, sei es noch als Bräutigam oder während der Ehe, in diesem Gedinge für den Leib (das Leben) der Frau in Form der gerichtlichen Auflassung dieser ein dingliches Nutzungsrecht (Nießbrauch) an seinem Grundstück, damit er so für den Fall ihres Wittwenstandes ihr eine sichere Existenz bereite. In derselben Weise konnte auch die Frau zu Gunsten ihres Mannes ein Leibgedinge an ihren Gütern bestellen. Es erhielt dann der bedachte Ehegatte schon bei Lebzeiten des Leibdingbestellers ein dingliches Recht an dem Gute, welches freilich um der gemeinsamen ehelichen Wirthschaft und der Vormundschaft des Mannes willen während der Ehe gewöhnlich ruhte und nur ausnahmsweise darin sich äußerte, daß jener einer Veräußerung des Leibgedinggutes, die nicht durch die Noth gerechtfertigt war, widersprechen durfte.

Recht an dem Gute zu verschaffen. Vielmehr schien die eventuelle Sorge für den Fall, daß die Frau die Ehe wirklich überleben sollte, d. h. eben die Zusicherung eines Witthums zu genügen. Es bedurfte daher auch dieses nicht nothwendig der gerichtlichen Auflassung mehr, sondern konnte durch den Ehevertrag oder während der Ehe durch einfachen Vertrag oder durch Vermächtniß bestellt werden.[1]) War in einer Stadt oder in einer Gegend eine derartige Verstattung eines Witthums Uebung geworden, so konnte sie geradezu zu einer partikulären Rechtsregel werden[2]) und verstand sich dann als ein gesetzlicher Erbanspruch der Wittwe von selbst . . .

§ 205. Mit Bezug auf das Heirathsgut, welches die Frau dem Manne zubrachte und, wenn diese in der Ehe starb, ihm vertragsmäßig oder nach Gewohnheitsrecht verblieb, wurde zuweilen auch umgekehrt, für den Fall, daß der Mann vor der Frau sterbe, oder diese die Ehe überlebe, ihr von jenem eine Widerlage (contrados) aus seinem Vermögen zugesichert, welche mit dem Heirathsgute (der Heimsteuer) an die Wittwe herausgegeben werden solle.[3]) Der Gedanke war offenbar ähnlich dem römischen der donatio propter nuptias, aber das deutsche Recht bewegte sich freier in der Verwirklichung desselben als die Gesetzgebung der römischen Kaiser, die übrigens in diesem Stücke in Deutschland niemals recipirt worden, es verstattete. Es kam weder eine Nöthigung auf zur Bestellung einer Widerlage, noch mußte diese, wenn sie gewährt ward, gleich groß sein mit dem Heirathsgut, das im entgegengesetzten Falle dem Manne zufiel. Die Beziehung auf ein solches war überhaupt weniger enge, so daß eine Widerlage sogar denkbar war ohne Heirathsgut.[4])

Vorzüglich in sächsischen Ländern hat sich unter dem Adel das Institut des neueren Leibgedinges (Dotalitium) ausgebildet. Durch die Widerlage wird für die Wittwe gesorgt, indem das Capital ihrer Heimsteuer vergrößert wird durch dieses neuere Leibgedinge, so daß statt eines Capitals ihr eine Leibrente verschafft wird. Die Größe der Rente wird nach dem

---

[1]) Die Fertigung im Grundbuch hat dann nur die stärkende Kraft, daß die Wittwe sowohl einer späteren Veräußerung durch die Erben des Mannes gegenüber als gegen die spätern Pfandgläubiger gesichert wird.

[2]) Brem. Ritterr. Tit. 7 § 1. „Der Mann ist schuldig seiner ehelichen Haus-Frauen — eine Leibzucht oder Leibgeding zu verordnen mit einer bequemlichen Wohnung, Haus und Hofe, Acker, Wische, Weyde und Lande, davon sie sich — in ihrem Stande erhalten kann."

[3]) K. Ludwigs R. b. 11, 17 (Heum. 83). „Stürb ein man vor sein hausfrauen und liezze ir nicht kinde, derselben frauen sol ir und iren erben ir haimsteuer volgen, die sie zu irem wirt pracht hat — und auch ir widerlegung, ob als vil da ist." Schw.-sp. 23. „Gibt iemant sinem wibe ze heinstiure varent guot, oder ander guot, daz guot mac er ir nimmer âne werden die wile er ander guot hât. Twinget in aber êhaft not, er wirt ez wol âne mit rechte. Git si im ouch sôgetân guot, er sol daz sine ê ane werden ê daz ire."

[4]) In neuerer Zeit kommt die Widerlage am ehesten noch vor in adeligen Familien. Sie hat aber auch da mehr den Charakter einer freien Erweiterung der Heimsteuer zu gehöriger Ausstattung und Unterstützung der Wittwe.

Capitalbetrage der Heimsteuer, zuweilen auch der Widerlage bestimmt und ist gewöhnlich dem doppelten Zinse dieser Capitalien gleich.[1]) Es kann daher der Wittwe auch die Wahl eröffnet sein, ob sie die Heimsteuer und die Widerlage, oder ob sie statt derselben diese Leibdingsrente wolle.[2]) Zieht sie diese vor, so verliert sie ihren Anspruch auf jenes Capital, daher das Sprichwort: „Leibding schwindet Hauptgut . . .“[3])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 6 § 14. „Was die Ehefrau in Ansehen des Heirathsguts von ihrem Manne oder statt seiner von anderen mit oder auch ohne sein Vorwissen erlangt, das ist und heißt 1mo die Wiederlag oder das Gegenvermächtniß (Contrados vel Donatio propter Nuptias) . . . 3tio Wird zwar nicht erfordert, daß die Wiederlag dem Heirathgut allezeit gleich sey, sondern es kann mehr oder minder hievor bedungen werden, falls aber keine förmlichen Ehepacten vorhanden sind, so ist man der Ehefrau soviel, als das Heirathsgut beträgt, pro Contradote schuldig. 4to Kann selbe ohne wirklich eingebrachtes Heirathgut niemal bestehen, sondern wird allenfalls nur für eine bloße Schankung — geachtet. 5to Stehet der Ehefrau während der Ehe weder Eigenthum, noch Nutznießung oder Verwaltung hierauf zu . . .“

§ 15. „Wittibsitz oder Leibgeding (Dotalitium vel Vidualitium) ist jene Portion, welche die Ehefrau nach ihres Mannes Tode von seinem hinterlassenen Vermögen lebenslänglich zu genießen hat, wobey zuvörderst und pro 1mo dahin zu sehen ist, ob zwischen den Eheleuten förmliche Heirathspacten errichtet worden oder nicht. Erstenfalls bleibt es lediglich bey sothanen Pacten, und wenn hierin von dem Wittibsitze nichts enthalten ist, so kann solcher auch nicht gefordert werden. Andernfalls gebührt solcher nur den abelich Gebohrnen, und zwar 2do ohne Unterschied, ob sie dem Manne ein Heirathgut zugebracht haben oder nicht, und soll 3tio das Quantum in Entstehung der Güte vor der Obrigkeit theils nach dem üblichen Herkommen, theils nach dem Stande und der Verlassenschaft oder Anzahl der Kinder des verstorbenen Mannes ex aequo et bono ermessen und bestimmt werden . . .“[4])

---

[1]) Constit. für Hinterpommern von 1691 Tit. 17 § 1. „Ein Leibgeding muß also beschaffen sein, daß eine Wittwe daraus doppelte Zinsen oder 10 pr. C. wegen ihrer eingebrachten Dotis nach Abzug der Contribution und anderer onerum genießen könne. Es muß aber probatio dotis illatae vorhergehen, ehe ein Leibgeding vorher constituirt werden kann.“

[2]) Sächs. Constit. c. 44 P. II. „Es sol in der Frauen Willkür stehen, ihr eingebracht Ehegeld wiederzuzufordern oder aber das Leibgedinge anzunehmen.“

[3]) Vergl. überhaupt v. Gerber, System des Deutsch. Privatr. (7. Aufl. 1860) § 239.

[4]) Oesterr. bürg. G.-B. § 1230. „Was der Bräutigam oder ein Dritter der Braut zur Vermehrung des Heiratsgutes aussetzt, heißt Widerlage. Hiervon gebührt zwar der Ehegattin während der Ehe kein Genuß; allein, wenn sie den Mann überlebt, gebührt ihr ohne besondere Uebereinkunft auch das freie Eigenthum, obgleich dem Manne auf den Fall seines Ueberlebens das Heiratsgut nicht verschrieben worden ist.“ § 1242. „Das, was einer Gattin auf

11. Die oben gedachten Institute, die übrigens, wie Beseler (II. 2 S. 124) mit Recht bemerkt, im Eherecht und nicht im Erbrechte wurzeln und dort also ihre Normirung erhalten müssen, haben für uns — fast in gleicher Weise wie es schon im gemeinen Recht in Betreff der donatio propter nuptias der Fall war[1]) — ihre ganze praktische Bedeutung verloren, da der Zweck derselben — die Wittwenversorgung — durch die Benutzung der immer weitere Verbreitung gewinnenden neueren Lebensversicherungs- und Leibrentenanstalten, so wie insbesondere der, zum Theil vom Staate selbst im öffentlichen Interesse errichteten, Wittwenkassen-Institute bei weitem besser erreicht werden kann. Es bedarf deshalb auch nicht eines weiteren Eingehens auf die in den folgenden §§ 459—480 enthaltenen sehr ausführlichen Bestimmungen. Nur einige Punkte mögen daraus hervorgehoben werden.

a. Nach § 465 hat die Frau wegen der, auf den Todesfall des Mannes, durch Verträge vor oder während der Ehe ihr ausgesetzten Vortheile, ein gleiches Recht, Sicherheitsbestellung von dem Manne zu fordern wie wegen ihres Eingebrachten.

Die Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 241) bemerken hierüber:

> Es sind Zweifel entstanden, inwiefern der Mann durch den § 465 in der Disposition über seine Grundstücke beschränkt werde. Die Rescripte vom 23. Mai 1791 und 16. August 1806 entscheiden die Frage ganz richtig dahin, daß eine solche Beschränkung, selbst wenn das der Frau verschriebene Lebtagsrecht u. s. w.

---

den Fall des Witwenstandes zum Unterhalte bestimmt wird, heißt Witwengehalt. Dieser gebührt der Witwe gleich nach dem Tode des Mannes —."

Sächs. bürg. G.-B. § 1705. „Sind einer Ehefrau gewisse Vortheile auf den Todesfall ihres Ehemannes zu ihrem Unterhalte ausgesetzt, Wittwengehalt, Witthum, Leibgedinge, so finden darauf die Bestimmungen über den Leibrentenvertrag Anwendung ..."

[1]) Dieses künstliche Institut hat sich auch in der Umgestaltung, die ihm Justinian zu Theil werden ließ (Lauterbach, diss. acad. Vol. II disp 75. Burchardi im Archiv für die civ. Prax. B. 9 S. 197—229. Warnkönig ebendas. B. 13 S. 1—29. v. Löhr ebendas. B. 15 S. 431—461, B. 16 S. 1—50. Francke, ebendas. B. 26 S. 63—84. Zimmern, Rechtsgeschichte I § 163) für das germanische Recht als ganz lebensunfähig gezeigt. Groenewegen, tr. de legib. abrog. et inusit. ad Inst. II, 7 § 3. Donatio propter nuptias hodie exolevit. Voet, com. ad P. 23, 3 nr. 22: Nullum autem hujus donationis propter nuptias usum nunc apud nos esse, vulgo traditur. Quod hactenus verum, quatenus et dotium ipsarum jura non amplius apud nos ex statutorum dispositione in usu sunt...

Pufendorf, Obs. jur. univ. II. 39.

auf die Grundstücke des Mannes eingetragen worden, doch nicht stattfinde. [1])

b. Leibgedinge und Witthum fallen nach § 470 nach dem Tode der Frau an die Erben oder Lehns- oder Fideicommißfolger des Mannes zurück.

Altes Kulmisches Recht IV. [2]) Art. 37. „Keyn wib mag ir lipgedynge tzu eygin behalden noch vorkoufen. Wen so sy stirbet so geit das lipgedynge wedir an des mannes geerben."

Glogauer Rechtsbuch [3]) Kap. 401. „Eyne frawe mag leipgedinge czu eygen behalden nach ane erbin laube vorkeuffen, wenne sy gestirbet so erbet ys unde gefellet weder an yres mannes nehesten von danne ys herkommen is."

---

[1]) Im gemeinen Rechte geht in Betreff der Frage, ob der Frau wegen des Witthums ein stillschweigendes Unterpfandsrecht in dem Vermögen des Mannes zustehe, die herrschende Ansicht dahin: Da das Witthum ein reiner Gewinn für die Wittwe ist, weil es mit dem Heirathsgute in keinem Zusammenhange steht, so kann sie weder ein stillschweigendes Pfand- noch sonst ein Vorzugsrecht geltend machen, wenn ihr solches nicht die particulären Gesetze einräumen, oder in den Ehepacten ihr solches zugesichert ist. Gründler, Polemik des german. R. III § 536 und die das. angeführten Schriftsteller.

Cod. Jur. Bav. Judic. von 1753 Kap. 20 § 6. „— Wegen der Morgengaab, Wiederlag und Wittibsitz, wenn solcher statt der Wiederlag ist, hat die Frau von dem Hochzeittag an ein stillschweigendes Unterpfand, gehet aber deswegen anderen älteren Gläubigern nicht vor."

Proj. Corp. Jur. Frid. P. I (1749) Lib. II tit. 4 art. 4 § 119. „Jedoch erhält die Frau von dem Tage der Heyrath, oder, wann das Gegenvermächtniß nach der Heyrath versichert wird, von dem Tage des Versprechens, eine stillschweigende Hypothek in dem übrigen Vermögen ihres Mannes. Wann also der Mann dieses Gegen-Vermächtniß alienirt, so wird solches Gut mit dem Onere hypothecae auf den Besitzer transferirt. Es wäre dann, daß die Frau in die Veräußerung consentirt hätte —." Art. 5 § 134. „Erlanget die Frau aus diesem Dotalitio eine stillschweigende Hypothek, mit welcher ein personale Privilegium verknüpft ist. Daher dieselbe bei entstehendem Concurs in der vierten Classe locirt wird. Es wäre dann, daß sie das Dotalitium eintragen lassen, welchenfalls sie zur dritten Classe gehört."

Oesterr. bürg. G.-B. § 1245. „— Vormünder und Curatoren einer pflegebefohlenen Braut können die Sicherstellung des Heiratsgutes, und ebenso, der bedungenen Widerlage und des Witwengehaltes ohne Genehmigung des obervormundschaftlichen Gerichtes nicht erlassen."

[2]) herausgegeben von C. K. Leman. Berlin, 1838.

[3]) Wasserschleben, Sammlung deutscher Rechtsquellen B. I (Gießen, 1860) S. 1—79.

Altes Freyberger Stadt-Recht [1]) I. § 12. „Welch man eine vrowen nimit mit lipgedinge hat sie wol einen vurmunden daruber gekorn. aber des gutis sal zu rechte der man mit ir gebruchen di wile sie lebit. Si sterbe, so vellet iz wider an die stat dannen iz her kummen ist."

Consuet. Electorat. et Marchiae Brandenburg. [2]) P. III tit. II. „Wann eine Frawe, welche beleibgedinget, und dasselbe mitpflügen, seen und sonsten bestellen lassen, verstirbet, ehe dann sie das Korn in ihren Gewahrsam bracht, und also das Korn beym Lehen bleibe, wiederstatten ihren Erben die Lehenträger die Saat, und alle andere Unkosten nicht unbillig."

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 6 § 15. „— 7mo Fällt der Wittibsitz hinweg: Fürs Erste durch den Tod der Wittib —." [3])

c. Die Vorschrift des § 471:

„Auch hören Leibgedinge und Witthum auf, wenn die Frau sich wieder verheirathet"

widerspricht zwar dem älteren deutschen Recht, ist aber im neueren Rechte herrschender Grundsatz geworden. [4])

---

[1]) nach dem Originalcodex abgedruckt in Schott's Sammlungen zu den Deutschen Land- und Stadtrechten Th. 3 S. 155 f.

[2]) collectae etc. cura et studio Joachimi Scheplitz.

[3]) Wernher, sel. obs. for. T. II P. VIII obs. 392. Dotalitium statim per mortem extinguitur, neque coeptus anni terminus pro completo habetur.

[4]) Walter, System des gem. deutsch. Privatr. § 199: Schreitet die Wittwe zu einer zweiten Ehe, so ging ihr nach dem alten deutschen Recht die Leibzucht nicht verloren, sondern sie war ihr schlechthin lebenslänglich gegeben. Sachsensp. I. 21 § 1, 2. I. 32. Auch nach den alten Volksrechten folgte die Dos der Wittwe insgemein auch in die zweite Ehe (Walter, Rechtsgesch. § 463). Später hat man aber aus dem noch dazu irrig abgeleiteten Namen Witthum (der Namen kommt von widmen her) den Schluß gezogen, daß es ihr nicht bloß auf den Fall, daß sie Wittwe würde, sondern auch unter der Bedingung, daß sie es bleibe, gegeben sei und diese Ansicht herrscht wirklich in den neueren Partikularrechten vor. Allein im Zweifel muß man beim alten Recht bleiben. Mittermaier II § 397. Eichhorn § 306.

Bluntschli, deutsch. Privatr. § 204 a. E. (3. Aufl.) bemerkt: Schon in der ältesten Zeit finden wir beide Auffassungen neben einander unter den deutschen Stämmen (Lex Burgund. 66. Nam si a alias nuptias transierit, omnia perdat, dote tamen sua, quam a marito acceperat, quamdiu vixerit, utatur, filio proprietate servata), und da jede innere Gründe für sich hat, so wiederholt sich der Zwiespalt der Meinung und der Rechtsübung. Die Frage läßt sich daher nur nach den besonderen Gewohnheiten eines Landes je für dieses beantworten; aber allerdings neigt sich die neuere Gesetzgebung eher der zweiten Ansicht zu.

Die ältere Doctrin und Praxis entscheidet sich für den Fortbestand des

Baier. Landrecht a. a. O. „— 7mo Fällt der Wittsitz hinweg — Zweytens durch Verrückung des Wittibstuhles, das ist, durch weitere Verehelichung." [1])

Oesterr. bürg. Gesetzbuch § 1244. „Wenn die Witwe sich verehelicht, so verliert sie das Recht auf den Witwengehalt."

Sächs. bürg. Gesetzbuch § 1705. „— Der Wittwengehalt . . . wird durch Eingehung einer anderweiten Ehe verloren."

d. Die Bestimmung des § 472:

„Das einer Frau zur Bedingung gesetzte Verbot, ihren Wittwenstand zu ändern, wird nicht nur in Ansehung des Leibgedinges oder Witthums, sondern auch in Ansehung der von einem Dritten ihr unter dieser Bedingung zugewendeten Vortheile außer dem Falle einer wirklichen Heirath, nur alsdann für übertreten geachtet, wenn dieselbe einer zum öffentlichen Aergerniß geführten liederlichen Lebensart gerichtlich überwiesen worden."

berührt die gemeinrechtliche Streitfrage,

ob die Wittwe durch unkeuschen Lebenswandel der von ihrem Manne auf seinen Todesfall ihr zugesicherten Vortheile verlustig gehe.

Die meisten Juristen verneinen dieselbe, wenigstens in Betreff des Leibgedinges, und zwar unter Hinweisung auf den Satz des Sachsenspiegels B. I Art. 5:

„— Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verlust se dar mede nicht noch ir erve —" [2])

Andere nehmen eine Verwirkung jener Vortheile an.[3])

Witthums bei Wiederverheirathung der Wittwe. Cramer, Wetzlarsche Nebenstunden Th. 9 S. 1—15. Berger, Resp. P. II resp. 49. Hommel, Rhaps. II obs. 253. Gründler, Polemik III § 533 und die das. angeführten Schriftsteller.

[1]) v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 9 bemerkt dazu: „— welches zwar noch ein famoser Disput unter den Rechtsgelehrten ist (Schmid Jus Germ. p. 265 sq. Stryk § 25. Moser § 158. Struv § 6 sq. Estor diss. an dotalitium cesset propter 2das Nuptias?) unser Codex aber gehet nach dem bisherigen alten Gebrauch hierin affirmative."

[2]) Hommel, Rhaps. I obs. 118. Dotalitium stupro non amittitur. Gründler, Polemik III § 534. Durch eine unzüchtige Lebensart wird das Leibgeding nicht aufgehoben.

[3]) Hofacker, Princip. jur. civ. § 491: Modi finiendi utramque speciem (vidualitium et dotalitium) sunt 1. mors doariae 2. vita ejus luxuriosa et impudica... v. Bülow u. Hagemann, pract. Erört. II Nr. 60: Eine Wittwe, die während des Trauerjahrs einen unehelichen Beischlaf begeht,

So bestimmt auch das Baier. Landrecht a. a. O.:

„— 7mo Fällt der Wittibsitz hinweg: . . . drittens durch liederliches und unzüchtiges Leben während des Wittibstandes —"

desgleichen das Proj. Corp. Jur. Frid. P. I Lib. II tit. 4 art. 5 § 135 a. E.:

„Wann die Wittwe ein liederliches Leben führet, oder gar zu Falle kommt, verliert sie das Leibgeding. Es muß aber derselben alsdann ihr Brautschatz zurückgegeben werden."

II. Erbfolge aus letztwilligen Verordnungen.[1])

§ 481. «Sind keine Verträge, wodurch die Erbfolge bestimmt wird, vorhanden, so dient die von dem verstorbenen Ehegatten hinterlassene letzte Willensordnung zur Richtschnur.»

§ 482. «Nur Eheleuten ist es erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten. (Th. I Tit. 11 § 614 ff.)» [2])

§ 483. «Um Betrug und Ueberlistung zu vermeiden, sollen

---

verliert dasjenige, was ihr von dem verstorbenen ex liberalitate und titulo lucrativo hinterlassen worden ist.

[1]) J. S. Stryk, de testamentis conjugum reciprocis (Hal. 1702). Hasse, Fortsetzung des Aufsatzes über Erbverträge, im Rhein. Museum für Jurispr. Bd. III (1829) S. 239—278, 490—558. C. G. Biener, Opusc. acad. edd. F. A. Biener, Vol. II (Lips. 1830) nr. 37 (quaest. cap. 40 sqq.). Glück, Com. B. 35 (1832) S. 50—75. Mühlenbruch, Forts. Bd. 38 (1835) S. 214—250. Beseler, die Lehre von den Erbverträgen Th. II B. 1 (Götting. 1837) S. 325—343. Deiters, de dispositionibus simultaneis pacticiisque quaestiones III (Bonn. 1837). Deiters, Zur Lehre von letztwilligen Verfügungen bei ehelicher Gütergemeinschaft (in der Zeitschr. für deutsch. Recht Bd. II 1839 S. 115—182). Volley, Beitrag zur Lehre von den correspectiven Testamenten der Eheleute (Stuttgart, 1846). Buchka, Ueber correspective Testamente (Zeitschr. f. deutsch. R. Bd. XII 1848 S. 210—220). Heimbach in Weiske's Rechtslex. X (1856) S. 889—907. Gustav Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten (Braunschw. 1860) S. 87—179.

[2]) § 614 a. a. O. „Wechselseitige Testamente, wodurch Einer den Andern, in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung, zu seinem Erben ernennt, können nur unter Eheleuten errichtet werden."

§ 616. „Wenn zwei Personen einander in verschiedenen Instrumenten zu Erben einsetzen, ohne daß die eine der Erbeinsetzungen auf die andere sich

nur solche Testamente als wechselseitige gelten, welche in Einem Instrumente errichtet worden.»

§ 484. «Sind dergleichen Testamente von beiden Theilen unterschrieben, und dem Gerichte übergeben worden: so kommt es nicht darauf an, wer den Aufsatz selbst gefertigt habe.»

12. Nächst dem Erbvertrage bietet sich den Eheleuten das Testament als Mittel für ihre letzte Willensordnung dar.[1]) Unter ihnen ist aber eine besondere Art des Testamentes — das wechselseitige, testamentum reciprocum (mutuum), in engerer Bedeutung correspectivum genannt — (im Gegensatze von dem bloß gemeinschaftlichen Testament, t. simultaneum)[2]) seit Jahrhunderten durch eine allgemeine Rechtsgewohnheit in Uebung gekommen und durch die neuere Rechtswissenschaft zur Ausbildung gelangt.[3])

---

bezieht; so ist jede dieser Verordnungen als ein für sich bestehendes Testament anzusehen."

[1]) Muelleri addit. ad Struv. synt. jur. civ. Exerc. 38 th. 40 not. γ: Nullis exstantibus pactis conjugum, videndum est, an testamentum confecerint conjuges, id quod plerumque reciprocum esse solet. Nam et illud, si necessariis suis polleat requisitis, neque vitio aliquo laboret, modum succedendi inter conjuges constituit.

[2]) Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 11. „1mo Wenn mehrere Testatoren entweder zugleich in einem Libell beysammen testiren, oder sich selbst gegen einander zu Erben einsetzen, oder wenigst ihre Dispositionen so einrichten, daß allem Anscheine nach eine ohne die andere nicht wohl gemacht worden wäre, so heißt der erste Modus zu testiren simultaneus, der andere reciprocus, der dritte correspectivus."

Hofacker, Princip. Jur. civ. III § 1360. Est vero I) testamentum MUTUUM s. simultaneum, quod a duobus, eodem in loco, praesentibus iisdem iudice, Notario vel testibus, uno actu continuo confectum est. II) RECIPROCUM, quo duo simul testantes vel se ipsos invicem universali vel singulari titulo honorant, vel cognatis utriusque s. alterutrius post obitum postremo morituri provident. III) CORRESPECTIVUM, quod a duobus vel pluribus, s. eodem actu, s. separatim, eo modo conficitur, ut vel ex verbis expressis vel urgentibus valde circumstantiis adpareat, quod altera pars de suis bonis ita non disposuisset, nisi spe freta, quod altera quoque de suis bonis ordinatam voluntatem immutatam sit relictura.

Mühlenbruch B. 38 S. 215 Note 74. Derckmann in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" V. S. 187 f.

[3]) Das röm. Recht bietet uns nur die auf ein gemeinschaftliches Soldatentestament bezügliche l. 3 C. de pactis (2, 3), so wie die von Justinian nicht

Vereinzelte Andeutungen dieser Testamentsart finden sich schon im ältesten deutschen Rechte, namentlich in den Markulf'schen Formularen, so wie im Westgothischen Gesetz (Lex Wisigothorum lib. IV tit. 2 cap. 19), die jedoch mit den späteren Erscheinungen in keinem Zusammenhange stehen.[1] Ein allgemeiner Rechtsbrauch begann erst gegen Ende des 15. und im Anfang des 16. Jahrhunderts sich zu bilden, also in der Periode, wo das Studium des römischen Rechts sich befestigt und namentlich die letztwilligen Geschäfte einen bedeutenden Einfluß gewonnen hatten.

Hartmann S. 109 f. bemerkt hierüber:

> Die im Mittelalter namentlich unter Ehegatten weit verbreitete Gewohnheit, Vergabungen von Todeswegen wechselseitig und gleichsam durch Einen Act vorzunehmen, übertrug sich nun von selbst auf die Testamente, die jetzt statt jener errichtet zu werden pflegten. Und es kam noch hinzu, daß in vielen Gegenden Deutschlands, wo die Testamente frühzeitiger in Uebung gekommen waren, dem Herkommen nach Ehegatten, der eine nicht ohne des andern Wissen und Willen, gültig testiren konnten. Hier waren dieselben geradezu auf den Gebrauch des gemeinschaftlichen Testamentes hingewiesen, da sich in dieser Form der erforderliche Consens am bequemsten und sichersten documentirte. — Daß die Gültigkeit der mehreren letztwilligen Dispositionen durch jene Gemeinschaftlichkeit der Errichtung nicht afficirt werde, mußte der damaligen Doctrin um so gewisser erscheinen, als schon die italiänischen Juristen, die man überhaupt ziemlich unbedingt als Autorität betrachtete, mit Anerkennung derselben vorausgegangen waren.
>
> Unter den aurea responsa von Oldradus de Ponte, dem berühmten Lehrer des berühmteren Bartolus, findet sich ein Gutachten über ein gemeinschaftliches Testament zweier Gatten, worin sie einem Kloster ihr ganzes Vermögen hinterlassen. Und seitdem ist es bei allen Commentatoren der Justinianischen Rechtsbücher eine stehende in der Theorie gar nicht bestrittene These, daß Zwei

---

recipirte allgemeine Verordnung Valentinian's III. vom Jahre 446 (Const. Nov. Valentiniani III de testamentis im jus civ. antejustin. Berol. II p. 1320). Gleichwohl entschied sich die, hauptsächlich durch die italiänischen Juristen vertretene, ältere Doktrin einstimmig für die Gültigkeit der gemeinschaftlichen Testamente nach röm. Recht — eine Ansicht, die seit Hasse's Abhandlung gänzlich aufgegeben ist, jedoch neuerdings wieder von Hartmann a. a. O. S. 93—106 vertheidigt wird.

So viel ist gewiß, daß das röm. Recht zu der Ausbildung des Institutes in keiner Weise etwas beigetragen hat. Die gedachte Streitfrage erscheint daher für uns ohne alles Interesse.

[1]) Beseler a. a. O. S. 326. Vergl. Hartmann S. 107 f.

oder Mehrere beliebig in derselben Urkunde über ihre Beerbung bestimmen können. Mit Berufung auf diese sog. Postglossatoren nun erklären sich die angesehensten deutschen Theoretiker und Praktiker des 16. Jahrhundert, wie Noe Meurer, Ulrich Zasius, J. Fichard, J. Mynsinger, Andreas Gail u. A. ohne alle Limitation für die Zuläßigkeit der Solennisirung mehrerer Testamente durch Einen Act. Die Formularbücher der folgenden Zeit bieten zum Theil ebensoviel Formulare für gemeinschaftliche wie für einfache Testamente. — In den meisten Statuten, Stadt- und Landrechten werden sie noch mit einer ausdrücklichen Sanction versehen, wozu das Hamburger Stadtrecht von 1497 und die Wormser Reformation von 1498 den Anfang gemacht hatten.

Fragen wir nun nach dem Bedürfnisse eines solchen Instituts, so fehlt es nicht an gewichtigen Stimmen, welche sich dagegen erklären. — „Das neuere Institut des wechselseitigen Testamentes — sagt Bluntschli[1]) — ist offenbar aus der Mischung des deutschen Grundgedankens der Erbverträge mit den Ueberlieferungen der römischen Theorie von den Testamenten entstanden und hat daher eine unglückliche Zwitternatur. Es ist darum nur zu billigen, wenn die neuere Gesetzgebung dasselbe wieder aus unserem Rechtskörper auszustoßen sucht und die Alternative rein faßt: Entweder Testament, und dann ein in Form und Inhalt einseitiger Willensact, oder Erbvertrag, und dann in Form und Inhalt vertragsmäßiger letzter Wille."[2])

---

[1]) Deutsch. Privatr. § 248 (3. Aufl. 1864).

[2]) Auch Beseler a. a. O. S. 336 f. bemerkt, daß die wechselseitigen Testamente unter Eheleuten zum Theil die Stelle eingenommen haben, welche dem Erbeinsetzungsvertrage gebührte und kann es für keinen Fehler halten, daß das lübische Recht und der französische Code sie verboten haben, zumal da beide das angemessenere Institut für diesen Fall ausdrücklich anerkennen. „Wollen die Eheleute — so fährt er fort — sich im Vertrauen auf ihre Beständigkeit festbinden, so mögen sie einen Erbvertrag abschließen, und mit gehöriger Vorsicht ihre Notherben, wenn solche da sind, oder noch erwartet werden können, bedenken; ja selbst den Fall einer zweiten Ehe nach dem Tode des einen Theils müssen sie sich vergegenwärtigen. Wollen sie sich aber die Hand frei halten, und der weiteren Anordnung kein Hinderniß gelegt wissen, — nun, so testire jeder für sich, und bedenke sein Gemahl so, wie es ihm eben genehm ist. — Daß aus einer unorganischen Verbindung verschiedener Rechtsmaterien kein Heil kommt, zeigen uns die wechselseitigen Testamente recht deutlich: welche Verwirrung in der Doctrin über ihre rechtliche Beurtheilung! wie schwankt man zwischen den Extremen, Testament und Erbvertrag herum! Und selbst diejenigen, welche namentlich das correspective Testament fest zu machen suchen, sind doch meistens auf halbem Wege stehen geblieben, indem sie zwar die Widerruflichkeit nach dem Tode des einen

Diese beachtungswerthen Rücksichten haben, wie schon bemerkt, mehrere Partikularrechte dahin geführt, die gemeinschaftlichen Testamente jeder Art gänzlich auszuschließen.

Revidirtes Stadtrecht von Lübeck Lib. II tit. 1 § 10. „Wann ein Mann und seine Ehefraw ein Testamentum reciproce machen, ob dasselbe wol nach beschriebenen Rechten bestendig, so wird doch solch Testament nach Lübischem Rechte nicht zugelassen —." [1])

Testators wegen der Wirkung der Erbschaftsantretung leugnen, aber gegen den einseitigen, heimlichen Widerruf, der noch bei Lebzeiten beider etwa durch eine neue Disposition geschehen ist, kaum ein wirksames Mittel vorzuschlagen wissen. — Man kann wohl im Allgemeinen sagen, daß in einigen Fällen und namentlich da, wo ein correspectives Testament vorliegt, besser ein Erbeinsetzungsvertrag geschlossen worden wäre; daß aber in den andern Fällen dem wechselseitigen Testament die getrennte Disposition des Einzelnen vorzuziehen ist. Wenn es sich um die Anordnung dauernder Verhältnisse handelt, indem nicht allein die gegenseitige Beziehung der Eheleute unter einander, sondern auch die zu ihren Verwandten und Freunden Gegenstand der Disposition wird, wenn also nicht allein die Begünstigung des Genossen, sondern auch der eigene Vortheil und die spätere Stellung zu anderen werthen Personen in Betracht kommen, so ist der Erbvertrag an seinem Platze. Wie unpassend, hier die Form eines Geschäftes zu wählen, welches doch sicherlich dem Princip nach in der freien Willkür jeder der beiden Disponenten steht! Auf der andern Seite verlockt aber doch ein wechselseitiges Testament, auch wenn es kein correspectives ist, nur zu leicht zu dem Wahne, daß ein bindendes Element darin liege, und während der Gewissenhafte sich, wenn auch ungern und ohne Rechtsnothwendigkeit daran hält, unterwirft ein anderer es seiner willkührlichen Veränderung. Hier scheint es besser, wenn beide Ehegatten sich die Hand offen halten, womit ja gar nicht gesagt ist, daß der eine nicht die liebevollste Rücksicht auf das Beste und den Wunsch des andern nimmt. Aber auch hier möchte es sich denn doch auch manchmal zeigen, um dieß nur beiläufig zu erwähnen, daß die Römer nicht ohne Grund die captatorischen Erbeseinsetzungen zu verhindern trachteten."

Aehnlich lauten die Motive des Großh. Hessischen Entwurfes Abth. III S. 63 f.

[1]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 10 nr. 57 sqq.: Jure nostro Lubecensi juxta praescriptum hujus articuli reciproca seu simultanea testamenta illicita sunt inter conjuges. Cujus statuti rationem desumere forte licebit, tum ex iis, quae contra ejusmodi testamenta ab JCtis moveri solent, quod captatoria sunt, quod ex alieno arbitrio dependeant et quae sunt similia. Verba hujus art. satis evincunt, ita reciprocam dispositionem nullam esse, ut nullo modo admittatur, quapropter inepte putetur a parte uxoris eam tantum non valere, qua maritum autem subsistere ... Rostochii, Stralsundii, Gryphiswaldiae, et in aliis Pomeraniae civitatibus, quae Jure Lub. utuntur, dispositio haec in observantiam nondum transiit, sed ibidem reciproca testamenta quovis die conduntur. Unde etiam Lubecae

Code civ. art. 968. „Un testament ne pourra être fait dans le même acte par deux ou plusieurs personnes, soit au profit d'un tiers, soit à titre de disposition réciproque et mutuelle."

Art. 1097. „Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre-vifs, ni par testament, aucune donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte." [1])

Großh. Hessischer Entwurf Abth. III Art. 83. „Zwei oder mehrere Personen können in einer und derselben Urkunde weder zum Vortheile eines Dritten, noch zu ihrem wechselseitigen Vortheile durch letzten Willen verfügen."

Andere Gesetzgebungen — und dazu gehört unser Landrecht[2]) — haben dieselben nur unter Eheleuten zugelassen.

Hamburg. Stadtrecht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 17. „Da auch eine Frau, mit sammt ihrem Manne, ein Testament machet, das soll sie thun, nach dieser Stadt Recht, durch ihren gebührlichen Vormund —." [3])

---

secundum jus commune pro testamento, quod in his oris conditum, sed in controversiam vocatum erat, secundum specialem loci consuetudinem pronuntiatum reperitur, etsi intra moenia verba statuti observet.

[1]) Brauer, Erläut. über den Code Napoleon rc. B. 2 S. 396 bemerkt dazu: Der Grund der Gesetze liegt darin, damit nicht unter dem Schein der Doppel-Rücksicht (correspectivitas) die freye Widerruflichkeit, die zum Wesen des letzten Willens gehört, gehemmt werden, oder durch einseitige Aenderung des einen Theils der Andere sich für gefährdet ansehen könne. Alle desfallsige Strittigkeiten der alten Rechtslehre fallen damit weg.

[2]) Suarez rechtfertigt diese Beschränkung mit der Bemerkung: „Dergleichen testamenta reciproca unter Fremden sind ein gewöhnlicher Kunstgriff der Erbschleicherei, und es entstehen daraus, wenn der eine von beiden Testatoren seinen Willen einseitig ändert, Kodizille macht, mehrere Legate verläßt rc. mancherlei Weiterungen. Wollen Leute einander wechselseitig bedenken, so können sie es in besonderen Testamenten, deren jedes für sich errichtet worden, thun. Wollen sie sich gegenseitig wegen solcher Zuwendungen sicherstellen, so ist es weit natürlicher, daß sie sogleich ein pactum hereditarium errichten. Nur bei Eheleuten, besonders wenn communio bonorum unter ihnen statt findet, lassen sich taugliche Gründe zur Errichtung eines solchen testamenti reciproci gedenken." (Amtliche Schlußverträge in Kamptz's Jahrbüchern B. 41 S. 81.)

[3]) Diese Bestimmung findet sich schon in dem alten Hamburg. Stadtrecht von 1497. „Van ghiften by levende edder na dode" II. „So wan eyn frouwe alleyne edder myt sampt eremm manne eyn testament maket, dat schal se don na desser stadt rechte, dorch eren gheborlyken vormund . . ." Anderson, Hamburg. Privatrecht Th. I S. 444.

Frankfurt. erneuerte Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 1 § 8. „Wolten zwey Eheleut samptlich in einem Brieff und underschiedlichen jhren Gütern Testiren, nach laut obbemeldter dieser Statt Freyheit, Das mögen sie thun . . . Wie dann solches in unser Alten Reformation auch also versehen." [1])

Churf. Mayntzisches Landrecht von 1755 Tit. VIII § 8. „Denen Eheleuten ist gleichfalls auf obige Form allen beyden in einem Testament zugleich ihre letzte Willens-Verordnung zu verfassen zugelassen, worinn sie nach ihrem Gefallen disponiren können oder mögen —."

Chur-Trierisches Landrecht von 1713 Tit. II § 6. „Als viel der Ehe-Leuthen reciprocirliches Testament betrifft, wollen Wir es bey den gemeinen Rechten bewenden lassen . . ."

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 583. „In der Regel gilt ein und derselbe Aufsatz nur für Einen Erblasser. Die Ausnahme in Rücksicht der Ehegatten ist in dem Hauptstücke von den Ehe-Pacten enthalten."

§ 1248. „Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen . . ."

Aber unser Landrecht hat sich mit dieser Beschränkung nicht begnügt, sondern noch eine formelle und eine materielle beigefügt.

Die erstere ist im § 483, die letztere im § 482 d. T., in Verbindung mit dem darin angeführten § 614 Tit. 12, ausgesprochen. Die formelle Beschränkung liegt darin, daß „nur solche Testamente als wechselseitige gelten, welche in Einem Instrumente errichtet worden." Das Gesetz will damit nicht die beiden in getrennten Acten errichteten Testamente als ungültig, sondern nur, ihres correspectiven Inhaltes ungeachtet, nicht als wechseitige betrachtet wissen, so daß also, wie es der § 616 Tit. 12 vorschreibt, jede dieser Verordnungen als ein für sich bestehendes, von der andern ganz unabhängiges Testament anzusehen ist.

Aeltere Partikularrechte gehen hierin viel weiter, indem sie geradezu einseitige letztwillige Verordnungen eines Ehegatten verbieten und

---

[1]) Die alte Frankf. Reform. von 1509 Fol. 20 § 2 bestimmt: „Es mögen auch zwey Eheleut Mann und Weib ihre Testament mit einander vor gezügen in einem Brieff — ufrichten und machen."

Uebrigens bemerkt Bender, Lehrbuch des Privatr. der freien Stadt Frankfurt S. 239 Note 16: Die Ref. nennt zwar nur Ehegatten, allein offenbar deswegen, weil bei ihnen solche Testamente am häufigsten vorkommen, so daß also auch Geschwister, Handlungsgesellschafter u. s. w. unbedenklich auf diese Weise testiren mögen.

nur die gemeinsam von den Eheleuten auf den Todesfall getroffenen Verfügungen für gültig erklären.[1]) Es machte sich hier besonders der

---

[1]) Schon im ersten Württemberg. Landrecht von 1554 p. 219 und nächstdem im zweiten von 1567 Th. III p. 262 wird eines solchen (aber hier gemißbilligten) Gebrauches gedacht: „— in Bedenkung das es bey Unsern Underthanen also hergebracht, als ob kein Ehegemecht ohn des andern vorwissen oder bewilligen für sich selbs allein zu testiren hette, und aber solcher, biß anher gehaltener Brauch nit allein den Rechten stracks entgegen ꝛc. ꝛc."

So sagt auch das Churpfältzische erneuerte L.-R. von 1610 Th. III Tit. 2 § 14: „Ob auch wol hiebevor in Unserm Churfürstenthumb etwa bräuchig gewesen, daß ein ehegemächt, ohne deß andern bewilligen, nicht testiren mögen, sonder zweifel, weil under ihnen die gröste Verwandnuß: Jedoch wollen wir, jedem Theil hierinn, ohne Hinderung des andern, seines freyen willens zu testiren zugelassen haben —." Ganz ähnlich lautet die Vorschrift des L.-R. der Markgr. Baaden ꝛc. von 1710 Th. V Tit. 3 § 10.

(Das erneuerte Württ. L.-R. von 1610 Th. III Tit. 7 § 3 verordnet: „— mag jedes Ehegemächt für sich selbsten, auch ohne deß andern Wissen und Verwilligung, Testament oder andere Geschäfft von Todswegen, seinem freyen Willen und Gelegenheit nach verordnen und machen —." Dieselbe Vorschrift enthält auch das revid. L.-R. des Hertzogth. Preußen von 1685 und das verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721 Buch V Tit. 4 § 2.)

Dagegen bestimmt die Ordinatio Fuldensis von 1713 § 2: „Daß ein Ehegatte dem andern mit Ausschließung aller dem Verstorbenen Angehörigen völlig erbe; dergestalt, daß in des Sterbenden Mächten nicht stehe, durch einen letzten Willen — diese dem überbleibenden gehörige haereditaet zu schmählern" (Siebenkees, Beyträge zum teutsch. Recht Th. 4 S. 18 Note y).

Desgleichen das L.-R. des Hochstifts und Fürstenth. Bamberg von 1769 Th. I Kap. 2 Tit. 7 § 1. „Keines deren Ehe-Leuten ist ohne Einwilligung des anderen ermächtiget, einem dritten, wer der auch seye, von Todtswegen aus dem gemeinschäftlichen Gut etwas zu vererben, zu vermachen oder zu verstiften."

Ebenso die Lippe'sche Verordnung von 1786 § 8: „Keiner von beyden (Eheleuten) kann ohne Einwilligung des andern davon (näml. von dem gemeinschaftlichen Vermögen) willkürlich veräußern, oder Todeshalber disponiren, sondern dies kann nur durch ein unter ihnen wechselseitig errichtetes Testament geschehen."

Auch nach den Grundsätzen der Münster'schen Gütergemeinschaft (Polizei-Ordng. der Haupt- und Residenzstadt Münster von 1740 Cap. VII Art. 9—11) können Eheleute, insofern die Ehe beerbt ist, nur gemeinsam letztwillig verfügen. Verfügungen von Todeswegen, welche ein Ehegatte ohne Zuziehung des Andern errichtet, sind daher ungültig. (Präjudiz unseres Ober-Tribunals Nr. 630 vom 23. März 1839. Präj.-Samml. S. 72. Vergl. das Erk. desselben Gerichtshofes vom 11. Mai 1858 in Striet-

Einfluß der ehelichen Gütergemeinschaft[1]) so wie die Auffassung geltend, daß hierbei ein condominium in solidum obwalte, dessen Natur es widerstreite, einem Ehegatten freizulassen, über das gemeinschaftliche Vermögen für sich allein auf den Todesfall zu verfügen.[2])

---

horst, Archiv B. 29 S. 306 f. Welter, Handb. über das ehel. Güterrecht in Westfalen. Paderborn, 1861. S. 95 f.)

Dasselbe gilt nach der Paderborn'schen Gütergemeinschaft (Welter a. a. O. S. 142), ebenso nach der Minden-Ravensberg'schen (Welter S. 180 f.), während nach den Grundsätzen des Cleve-Märkischen ehelichen Güterrechts jeder Ehegatte, soweit nicht Eheverträge entgegenstehen, auf den Todesfall über die Hälfte des bei seinem Absterben vorhandenen gemeinschaftlichen Vermögens, als über seinen Nachlaß, letztwillig zu verfügen berechtigt ist.

An die Stelle dieser besonderen Statuten der Provinz Westfalen ist jetzt das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16. April 1860 getreten, welches im § 6 bestimmt: „Bei nicht beerbter Ehe kann jeder Ehegatte für sich allein von Todeswegen verfügen; bei beerbter Ehe dagegen können Verfügungen von Todeswegen über das gemeinschaftliche Vermögen nur von beiden Eheleuten gemeinschaftlich getroffen werden." Nach den Motiven ist man in letzterer Beziehung von dem Satze ausgegangen, „daß, da die Gütergemeinschaft ihrem inneren Grunde nach — in einer Vereinigung zu einem gemeinschaftlichen Familienverbande bestehe . . . in diesem Familiensysteme der nothwendige Grund zu finden sei, daß kein Ehegatte über den Kreislauf seines lebendigen Wirkens hinaus ohne Zuthun des anderen, der denselben ehelichen Gütervereinigungszweck auch nach dem Tode des verstorbenen Mitgenossen in ungestörter Gemeinschaft mit den Kindern verfolgen soll, über das gemeinschaftliche Vermögen einseitig von Todeswegen verfügen dürfe." (Welter, S. 355 f.)

[1]) s. die in der vorhergehenden Note angeführten Rechtsquellen.

[2]) Runde, deutsches eheliches Güterrecht § 173. — Bluntschli, deutsches Privatr. § 212 a. E. (3. Aufl.) bemerkt hierüber: Ganz verschieden wird die Frage in den Rechten beantwortet, inwiefern die in der Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten mit Bezug auf das gemeine Gut testiren dürfen. Wird Miteigenthum angenommen, so steht nichts im Wege, daß jeder Ehegatte über seinen Antheil letztwillig verordne. Aber auch wo es ein Gesammteigenthum gibt, läßt sich wohl begreifen, daß jedem Ehegatten gestattet wird, auf den Todesfall hin über einen Theil des gemeinen Guts zu verordnen; denn im Tode hört ja die Gemeinschaft auf, und nur für diesen Fall werden dann Theile gedacht. Die Ansicht, daß dem Ehegatten die Testirbefugniß zustehe, ist daher überwiegend. Nicht aber darf er über das ganze Gemeingut testiren; denn dadurch würde er die Interessen und Rechte seines Ehegenossen daran verletzen. Viele Rechte beschränken indessen hier die Testirfreiheit mehr, vorzüglich in der Absicht, den überlebenden Ehegatten und oft auch die Kinder besser zu sichern.

So ist auch von unserem Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 28. Juni 1842 der Grundsatz aufgestellt worden:

> Bei der auf Gesammteigenthum beruhenden ehelichen Gütergemeinschaft können nur beide Eheleute vereint testiren.[1])

Anlangend die oben gedachte materielle Beschränkung der gemeinschaftlichen Testamente der Ehegatten, so besteht dieselbe in der Gegenseitigkeit der auf den Todesfall getroffenen Verfügungen (der Reciprocität).[2]) Der Satz: „Nur Eheleuten ist es erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten" gilt daher auch in der Umstellung: „Eheleuten ist es nur erlaubt, wechselseitige Testamente über ihren Nachlaß zu errichten."

Dieses Erforderniß hat auch seinen guten Grund. Die bloß formelle Vereinigung der Testamente der beiden Ehegatten in einem und demselben Testamentsacte ist etwas rein Aeußerliches und juristisch Bedeutungsloses, wobei es nur auf eine Vereinfachung dieses Actes abgesehen sein könnte. Dies würde aber niemals dahin geführt haben, das Institut des gemeinschaftlichen Testamentes in's Leben zu rufen. Einen Rechtscharakter konnte diese Testamentsart erst dadurch gewinnen, daß die gemeinsam abgegebenen letztwilligen Erklärungen der Ehegatten in eine positive Beziehung und dadurch in ein Abhängigkeitsverhältniß zu einander treten.[3])

---

[1]) In den Gründen wird gesagt: Besteht unter Eheleuten Gütergemeinschaft mit der Wirkung, daß das beiderseitige Vermögen durchweg zu einem einzigen zusammenschmilzt, ohne daß an dieser universitas dem Einzelnen etwa auch nur in der Vorstellung eine Quote als sein besonderes Vermögen zugeschrieben würde, — — — so würde es dem Wesen des Institutes ebensosehr widersprechen, daß dem einzelnen Ehegatten gestattet sein sollte, einseitig auf den Todesfall über das Gesammtgut zu disponiren, als es ihm durchaus entsprechend ist, daß beide mit vereinigten Willen allerdings dazu im Stande sein müssen. Und das ist denn auch, wiewohl einige Statuten diesen Grundsatz verlassen haben, bei der ehelichen allgemeinen Gütergemeinschaft ohne intellektuelle Theile als Regel anerkannt. Vergl. Eichhorn, Einl. in das deutsch. Privatr. § 308. (Arnsb. N. Archiv B. VIII S. 515 ff.)

[2]) Das Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. kennt dieses Erforderniß nicht. Dasselbe bestimmt § 1248. „Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen . . ." Unger § 21 Note 4.

[3]) Vergl. v. Keller, Pandekten § 505. Auch Mühlenbruch B. 38 S. 217 Note 74 sagt: Die Anomalie, daß Mehrere in demselben Testamentsact ihren letzten Willen errichten, wenn man sie überhaupt zuließ, konnte nur

Es fragt sich nun:

worin das zum Rechtsbestande der gemeinschaftlichen Testamente der Ehegatten nothwendige Erforderniß der Reciprocität bestehe.[1])

Der § 614 Tit. 12 Th. I, auf welchen der § 482 unseres Titels Bezug nimmt, spricht ausdrücklich von „wechselseitigen Testamenten, wodurch Einer den Andern, in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeseinsetzung, zu seinem Erben ernennt." Mit Recht ist jedoch durch eine fast gleichförmige Praxis unserer Gerichtshöfe die auch mit der gemeinrechtlichen Doctrin[2]) überein-

---

dadurch gerechtfertigt erscheinen, daß die Testamente ihrem wesentlichen Inhalte nach mit einander in Verbindung standen. Ein solcher Fall wurde dem K. Valentinian III. zur Entscheidung vorgelegt, und er bestimmte, daß die aus gegenseitiger Zuneigung von den Testatoren in derselben Testamentsurkunde erfolgte reciproke Erbeseinsetzung gültig sein sollte. Die Constitution ist nicht im Justinianischen Codex mit aufgenommen, man hat aber das Recht der wechselseitigen Testamente darauf hauptsächlich gebaut. Was man nun auch hier und dort daraus gemacht hat, so dürfen wir uns doch, wenn von der Construction eines gemeinrechtlichen Begriffes die Rede ist, an den bekannten Grundsatz halten, daß bei anomalischen Begriffen die möglichst geringe Abweichung von der bestehenden Rechtsregel angenommen werden muß.

So wird auch in einem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 13. September 1836 eine von Eheleuten zu Protokoll erklärte testamentarische Disposition für ungültig erachtet: „da sie in einer und derselben Urkunde niedergeschrieben worden, nicht auch ihrem Inhalte nach mit einander in Verbindung stehe, folglich ein gleichzeitig errichtetes, nicht ein reciprokes oder ein correspectives Testament vorhanden sei, indem jeder der Testatoren abgesondert von dem andern und ohne Beziehung auf dessen Anordnungen, bloß über sein eigenes Vermögen verfügt habe." (Matthiä, Controv. Lexicon Th. II Abth. II S. 291.)

[1]) Mit dieser Frage beschäftigt sich Derckmann in der beurtheilenden Darstellung eines Rechtsfalles („Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" B. V S. 181 ff.), woselbst auch die Literatur angegeben ist.

[2]) Mit Recht sagt Hartmann S. 113: Niemand hat noch verlangt, daß die Testatoren sich gegenseitig ex asse instituiren müßten, in welchem Falle Jeder, der noch Notherben zu berücksichtigen hätte, geradezu von der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments ausgeschlossen wäre. Und unbedenklich hat die Praxis stets auch solche reciproce Testamente anerkannt, worin den Notherben mehr als der Pflichttheil hinterlassen oder selbst ein beliebiger Dritter nebenbei instituirt war. Wo ist denn nun aber hier die Grenze zu finden? Bis zu welchem Bruchtheil müssen sich die Testatoren mindestens instituiren, um der Gefahr der Nichtigkeit ihrer Verfügung zu entgehen? Will man nicht rein willkürlich verfahren, so würde Nichts übrig bleiben,

stimmende Ansicht zur Geltung gelangt, daß eine gegenseitige Erbesernennung zum Begriff eines wechselseitigen Testamentes nicht zu erfordern sei.[1]) Die entgegengesetzte Annahme würde geradezu das ganze

als jede Erbeinsetzung auch auf die geringste Quote für genügend zu erklären. Damit schrumpft aber das ganze Erforderniß zu einer leeren und nichtigen Formalität zusammen, was um so mehr an's Licht tritt, als auch die reichste gegenseitige Honorirung mit Vermächtnissen nicht im Stande sein soll, die Gültigkeit des Testamentes zu sichern.

[1]) Erkenntniß des A.-G. zu Hamm vom 7. Februar 1846 (in Sachen Heuser wider Hegemann und Gen. H. 35): Das A. L. R. unterscheidet zwar dem Namen nach zwischen Erbeinsetzungen und Vermächtnissen, Testamenten und Codicillen; indessen haben diese Unterschiede ihre reelle Bedeutung verloren, da die Erbeinsetzung aufgehört hat, ein nothwendiges Erforderniß eines Testaments zu bilden. Die Form der Zuwendung ist nach unserem Rechte überall etwas Gleichgültiges. Daher erscheint es unwesentlich, ob zwei Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente sich gegenseitig zu Erben des Ganzen oder eines Theils eingesetzt, oder sich einen bestimmten Theil des Nachlasses oder gewisse Rechte an demselben, z. B. den Nießbrauch, vermacht haben. In allen diesen Fällen liegt ein wechselseitiges Testament vor.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 6. September 1855 (in Sachen Geschwister Altenkamp wider Johann Schlieper A. 114): Es ist bekanntlich eine rechtliche Streitfrage, in welchem Maaße und unter welchen Bedingungen das Preuß. Recht ein testamentum simultaneum von Eheleuten gestatte, d. h. ein von denselben in Einem Acte errichtetes Doppeltestament. Evelt (Arnsb. N. Archiv VI S. 77 f.) ist der Ansicht, daß das A. L. R. im § 614 Tit. 12 Th. I den Eheleuten nur im Falle correspectiver Erbeinsetzung das Testiren uno actu gestatte, sonst aber kein gemeinschaftliches Testament derselben kenne, während Sommer (ebendas. II. S. 433) die gleichzeitige letztwillige Verordnung zweier Eheleute unter allen Umständen, auch wenn sie einander selbst nicht einsetzen, für zuläßig hält. Die erstgedachte Ansicht ist auch in der That übertrieben. Man kann dahingestellt sein lassen, ob ein Simultantestament von Eheleuten, worin sie einander selbst gar nicht, sondern lediglich Dritte bedenken, der im Gesetz vorausgesetzten Wechselseitigkeit, Reciprocität, entsprechen würde. Allein offenbar kann man nicht für erforderlich halten, daß diese Reciprocität gerade durch wirkliche Erbeinsetzung vermittelt werde; es muß vielmehr genügen, wenn nur überhaupt eine wechselseitige Zuwendung von Todeswegen, mag sie durch Erbeinsetzung oder Legat erfolgen, stattfindet. Die Worte im § 614 Tit. 12 darf man nicht pressen, da der § 482 Tit. 1 Th. II sich allgemeiner ausdrückt und nach Preuß. Recht überhaupt darauf weniger ankommt, quo titulo Jemand letztwillig bedacht wird.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 15. September 1859 (in Sachen der Erben des Eberh. Schulze-Neuhoff wider die Wittwe Friedr. Schulze-Neuhoff S. 1467): Schon nach gemeinem Recht ist anzunehmen, daß auch solche Testamente, worin Ehegatten, ohne sich gerade gegenseitig zu Erben zu ernennen, dem Ueberlebenden andere Vortheile, namentlich den Nießbrauch zu-

Institut, wie es sich im Rechtsleben gebildet hat, über den Haufen werfen. Unter der großen Zahl gemeinschaftlicher Testamente von

wenden und zugleich über ihr beiderseitiges Vermögen nach ihrem Ableben zu Gunsten ihrer Anverwandten Verfügung treffen, den wechselseitigen beizuzählen sind. Es ist nicht ersichtlich, daß das A. L. R. hinsichtlich der Begriffsbestimmung eine bewußte Aenderung der gemeinrechtlichen Theorie hat einführen wollen; vielmehr ging die Absicht der Redactoren nur dahin, die Zuläßigkeit der wechselseitigen Testamente auf Eheleute zu beschränken und einige Controversen des gemeinen Rechts zu beseitigen. Der Nachdruck des § 614 liegt auch offenbar auf der ausgesprochenen Beschränkung auf Eheleute und die Charakterisirung der wechselseitigen Testamente erscheint darin nur als eine beiläufige, nicht erschöpfende. In der That ist es auch in der Praxis nie zweifelhaft gewesen, daß derartige Testamente, wie das hier vorliegende, (es waren von den Testatoren ihre gemeinschaftlichen Kinder, unter Ernennung des einen Sohnes als Hofesnachfolger, mit Vorbehalt des lebenslänglichen Nießbrauches für den Ueberlebenden der Eltern, zu Erben eingesetzt) als wirklich correspective Testamente anzusehen sind. Die Annahme wird auch durch den Umstand unterstützt, daß auch bei einer wirklichen Erbeinsetzung dem überlebenden Ehegatten, wenn er gleich Eigenthümer wird, dennoch als Fiduciar, den fideicommissarisch eingesetzten Erben gegenüber, im Wesentlichen dieselben Rechte beigelegt sind, wie solche der mittestirenden Ehefrau zustehen (§§ 466. 467. 472 Tit. 12 Th. I A. L. R.). Die Absicht der Testatoren ging in vorliegendem Falle unzweifelhaft ebenfalls auf eine fideicommissarische Substitution; auf die Form, in welcher diese ausgesprochen wurde, kann es dabei nicht ankommen. Von diesem Gesichtspunkte aus kann dem fraglichen Testamente, worin der überlebende Ehegatte auf den lebenslänglichen Nießbrauch eingesetzt worden, der Charakter der Wechselseitigkeit nicht abgesprochen werden.

Erkenntniß des A.-G. zu Arnsberg vom 28. April 1860: — Obgleich die Absicht der Testirenden ein correspectives Testament zu errichten, häufig und wohl meistens ausdrücklich erklärt wird, so ist dieses doch nicht schlechthin nothwendig. Es genügt vielmehr, wenn solche Absicht aus den Umständen deutlich erhellt (Thibaut, System der Pandekt. § 804). Dies muß gemeinrechtlich gewiß alsdann als Regel angenommen werden, wenn die wechselseitige Disposition nicht bloß zum Besten des Ueberlebenden, sondern auch zum Besten der gemeinschaftlichen Verwandten abzielt, an welche nach dem Tode des Letztlebenden der ganze Nachlaß kommen soll. Aus der Fassung des Testaments erhellt deutlich, daß die gegenseitige Aussetzung des Nießbrauches nur mit Rücksicht auf die Erbesernennung der gemeinschaftlichen Kinder geschehen sei. Der dem Ueberlebenden vermachte Nießbrauch erscheint gewissermaßen als ein Aequivalent für die demnächstige Ueberlassung auch des eigenen Vermögens des Ueberlebenden an die Verwandten des Verstorbenen. Wenn Appellant aus dem Umstande, daß die Wittwe H. nicht ausdrücklich „Erbin" genannt sei, dem Testamente die Natur eines wechselseitigen, correspectiven, abgesprochen wissen will rc., so entbehrt dies jedes Grundes. Es erscheint hier der Ueberlebende, insofern ihm der Nießbrauch

Ehegatten, welche die Praxis jedes Gerichts bietet, werden — von kinderlosen Ehen, die immer nur die Ausnahme bilden, abgesehen — verhältnißmäßig wenige vorkommen, worin die Testatoren sich gegenseitig zu Erben einsetzen. Bei weitem die meisten belassen es bei der gesetz-

---

als sein Erbtheil angewiesen worden, als heres in re singulari. Daß er ausdrücklich Erbe genannt werde, ist nicht unbedingtes Erforderniß. („Beiträge zur Erläut. des Preuß. Rechts" V. S. 183 f.)

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 4. October 1861: Ueber die Begriffsbestimmung des wechselseitigen Testaments herrscht unter den älteren Schriftstellern des gemeinen Rechts, als der einzigen Quelle für dieses Rechts-Institut, kein Streit. Eine Vergleichung der in dieser Lehre einflußreichen Schriften von Harpprecht, Hellfeld und Bauriedel, Hofacker und vieler anderen dort, wie bei Neueren, citirten Schriftsteller, läßt den weiteren Begriff für das gemeine Recht als zweifellos erscheinen.

Als das charakteristische Merkmal des wechselseitigen Testaments ist fast wörtlich übereinstimmend der Ausdruck gebraucht: „invicem universali aut particulari titulo honorare." Diese Ausdrucksweise ist einer Zweideutigkeit nicht unterworfen. Invicem honorare läßt nur die Uebersetzung in: „gegenseitige Zuwendung," nicht bloß Erbeseinsetzung zu, und wenn hierbei noch ein Zweifel bestehen könnte, so würden doch die Worte: „universali aut particulari titulo" dafür zeugen, daß die gegenseitige Zuwendung ebensowohl in der Begründung einer Universal-Succession, als der Zuwendung eines Vermächtnisses bestehen kann. (Vergl. Harpprecht diss. de testam. correspect. § 5 Nr. 30. Bauriedel's Commentar über die Hellfeld'schen Pandecten § 1428. Hofacker Princip. Jur. civil. Roman. German. T. II § 1360.)

Der Bemerkung des Imploranten gegenüber, daß das Römische Recht ein Testament ohne Erbeseinsetzung nicht kenne, genügt, abgesehen davon, daß das vorliegende Testament die gegenseitige Erbeseinsetzung der Kinder enthält, der Hinweis auf die im gemeinen Rechte bestehende Präsumtion der Codicillar-Clausel, welche dem Testamente auch ohne förmliche Erbeseinsetzung seine Wirkung erhält. Ein innerer Grund für die Annahme, daß das wechselseitige und correspective Testament nothwendig eine gegenseitige Erbeseinsetzung voraussetze, ist auch nicht erfindlich. Namentlich muß es in dieser Hinsicht für eben so wirksam erachtet werden, wenn sich die Eheleute auf Lebenszeit Verwaltung und Nießbrauch zuwenden und ihre Kinder zu Erben einsetzen, als wenn sie sich unter Substitution ihrer Kinder, zu Erben ernennen.

Der Zweifel, welcher aus der Wortfassung des § 614 Th. 1 Tit. 12 des A. L. R. entnommen wird, ist für die gegenwärtige Entscheidung ohne Bedeutung. Nach seiner Fassung hat dieses Gesetz unmittelbar nur ausdrücken sollen, daß wechselseitige Testamente nur unter Eheleuten errichtet werden können. Die Streitfrage aber:

ob nach dem Allg. Landrecht ein correspectives Testament unter Eheleuten mit den in den §§ 482—494 Th. II Tit. 1 des A. L. R. er-

lichen Erbfolge und sichern, den Kindern gegenüber, dem überlebenden Ehegatten nur gewisse Rechte zu, die sich meist auf eine ausgedehnte Verwaltung und Nutzung des Nachlasses oder auch auf die künftige Theilung desselben oder sonstige Substanz-Verfügung darüber beziehen. Es gilt dies namentlich in dem Falle der bestehenden allgemeinen Gütergemeinschaft, wo schon vermöge des Gesetzes der überlebende Ehegatte durch sein Antheilsrecht am gemeinschaftlichen Vermögen, so wie durch das ihm zugewiesene Nießbrauchsrecht eine gesicherte Stellung einnimmt.

In den in der Note 1 mitgetheilten Rechtssprüchen ist davon ausgegangen, daß jeder von den testirenden Ehegatten einander gegenseitig auf den Todesfall zugewendete Vermögensvortheil ihrem Testamente den Charakter eines wechselseitigen verleihe, zumal wenn dieser Vermögensvortheil seiner Wirkung nach der Erbeinsetzung gleichstehe oder doch sich als heredis institutio in re certa darstelle. Wir brauchen jedoch diese Ausführungen nicht zu Hülfe zu nehmen, sondern können den allgemeinen Satz aufstellen:

> daß die nothwendige Verbindung zwischen den gemeinsam getroffenen letztwilligen Verfügungen der Ehegatten nicht allein durch eine gegenseitige Zuwendung, sondern schon dadurch vermittelt wird, daß jeder in Rücksicht auf den Andern zu Gunsten Dritter, diesem nahestehender Personen testirt.

Die Correspectivität ist gerade das Hauptelement des wechselseitigen Testaments. Der Beweis liegt in den weiter unten zu besprechenden Vorschriften des § 492 und 493. Wenn dieses Verhältniß der im Simultantestamente vereinten Willensordnungen beider Ehegatten für sich allein geeignet ist, das Testament mit dem Tode des Einen durch den Erbschaftsantritt des Andern sogar zu einem unwiderruflichen zu machen, so muß dasselbe auch das Merkmal sein, welches das gemeinschaftliche Testament von vorn herein als zuläßig erscheinen läßt.

---

wähnten Wirkungen, auch ohne gegenseitige Erbeseinsetzung, also bei gegenseitiger Zuwendung des Nießbrauchs, ebenfalls rechtlichen Bestand habe?

würde immer nur im Zusammenhange mit diesen letztgedachten Gesetzen beurtheilt werden können, welche aber durch den § 4 des Publications-Patents vom 21. Juni 1825 von der Anwendbarkeit im Herzogthum Westphalen völlig ausgeschlossen sind.

(Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 46 S. 93 ff.)

Jener Satz ist auch von den älteren Rechtslehrern schon in der Begriffsbestimmung des wechselseitigen Testamentes angedeutet.[1])

13. Ueber die Form des wechselseitigen Testamentes entscheidet der Umstand, daß ein solches durch einen einzigen Testamentsact errichtet wird und daher trotz seiner inneren Doppelheit äußerlich nur als ein Testament sich darstellt. Es bedarf daher nur der Beobachtung der einfachen, für das Testament überhaupt vorgeschriebenen Form.[2]) Die Vorschrift des § 484 ist ganz müßig, da ja auch bei dem gewöhnlichen, dem Gericht übergebenen Testamente gar nichts darauf ankommt, wer die Testamentsurkunde geschrieben habe, sobald dieselbe nur vom Testator gehörig unterschrieben ist (§ 101 Tit. 12 Th. I).[3])

---

[1]) Schilter, Exercit. ad P. 39 § 57: — ultimae conjugum voluntates reciprocae in praevio consensu mutuo de sese vel suis invicem instituendo fundantur ac subsistunt. Mueller, Promptnar. jur. Vol. VII p. 348: Testamentum correspectivum est, quo duo testantes vel se invicem ipsos universali aut particulari titulo honorant, vel cognatis utriusque, aut alterutrius, post obitum ultimi morituri benigne provident. Hofacker, Princip. jur. civ. § 1360 (s. oben S. 450 Note 2). v. Kreittmayr, Anmerk. über den Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 10 Nr. 1: — Setzen sich aber Eheleut zu Erben gegen einander ein, so heißt es Testamentum reciprocum. Und das nemliche ist, wann sie die ihrige, z. E. Kinder, Geschwister oder Anverwandte gegen einander instituiren. Glück B. 35 S. 62 f. Seuffert, Archiv IV Nr. 63.

[2]) Baier. Landr. Th. III Kap. 4 § 11. „— Obwohl nun 2do bei dem Simultaneo in der That allemal so viele Testamente, als Testatoren vorhanden sind, so ist doch derentwegen nicht nöthig, daß man in einem einzigen solchen Testaments-Libelle, so zierlich selbes auch immer errichtet seyn mag, die gewöhnlichen äußerlichen Solennitäten verdopple oder vermehre, sondern es gehet alles in einer Solennität hin, und ist genug, wenn nur jeder Testator besonders unterschreibt . . ."

Sächs. bürgerl. Gesetzb. § 2197. „Bei gemeinschaftlichen letzten Willen brauchen die für die Errichtung letzter Willen vorgeschriebenen Formen blos einmal beobachtet zu werden; es muß jedoch jeder der mehreren Erblasser die erforderliche Unterschrift und, sofern vor Zeugen verfügt wird, die Aufforderung derselben besonders bewirken."

Glück B. 35 S. 60.

[3]) s. Bd. I S. 466.

§ 485. «Dergleichen wechselseitige Testamente, insofern dieselben nicht etwa als ein wirklicher Vertrag errichtet, und mit der bei Erbverträgen vorgeschriebenen Form versehen sind, werden schon durch den Widerruf eines der Ehegatten vernichtet.»

§ 486. «Hat jedoch der andere Ehegatte weder seines Orts ausdrücklich widerrufen, noch eine andere letztwillige Verordnung errichtet: so bestehen diejenigen Vermächtnisse, welche er in dem wechselseitigen Testamente anderen als solchen Personen, die bloß mit dem Widerrufenden als Verwandte oder besondere Freunde verbunden sind, ausgesetzt hat.»

§ 487. «Bloße Aenderungen und Zusätze bei Vermächtnissen und anderen dergleichen Verfügungen bewirken niemals die Vernichtung des gegenseitigen Testaments.»

§ 488. «Sie sind aber ungültig, insofern sie bloß einseitig gemacht worden, und zum Nachtheil des überlebenden Ehegatten abzielen.»

14. Den schwierigsten Punkt in der Lehre vom wechselseitigen Testamente bildet die Frage nach der Zuläßigkeit und der Wirkung des einseitigen Widerrufes,[1] und dieser Punkt ist es hauptsächlich, welcher gegen das ganze Institut gegründete Bedenken erregt, indem er auf die Zwitternatur desselben — eine unnatürliche Mischung von Testament und Erbvertrag — hinführt.

Die von unserem Landrecht aufgestellten Grundsätze entsprechen der herrschenden Lehre und Praxis des gemeinen Rechts.

Die Testamentsnatur der hier in Rede stehenden letztwilligen Verordnungen hat von selbst die Zulassung des einseitigen Widerrufes zur Folge — wechselseitige Testamente sind keine Erbverträge, da sie sich von diesen gerade durch die freie Widerruflichkeit unterscheiden.[2])

---

[1]) Glück B. 35 S. 66 f. Mühlenbruch B. 38 S. 214 f. (wo auch die ältere Literatur angegeben ist). Beseler, die Lehre von den Erbverträgen II. 1 S. 327 f. Heimbach in Weiske's Rechtslexicon X. S. 892 f. Hartmann S. 116 f.

[2]) Glück S. 64 f. Mühlenbruch S. 214 f. Bluntschli, deutsch. Privatr. § 248 (3. Aufl.).

Schon Oldradus de Ponte (s. Beseler S. 327), der Erste, der dem innern Wesen des Geschäfts beizukommen suchte, stellte in seinen Consilien

Aber auf der andern Seite bringt es die Correspectivität mit sich, daß der einseitige Widerruf dem ganzen Testamente seinen Rechtsbestand entzieht, weil er das wesentliche Fundament desselben zerstört.[1])

(Nr. 174) den Satz auf: Dico breviter, licet fuerit unicum pergamentum, in quo ambo conjuges sunt testati, juris tamen potestate duo censentur, sicut duo fuerunt testantes. Sicut dicitur de testamento, in quo pater substituit filio, quod quantum ad aliquid censentur duo testamenta . . . Et sic est etiam in pluribus contrahentibus ut L. 10 C. si certum petatur. Nulli dubium est, quin superstes suum testamentum mutare potuerit. Trotz der nicht glücklich gewählten Analogie der Pupillarsubstitution fand seine Auffassung des Geschäfts allgemeinen Beifall und blieb bis zu der späteren germanisirenden Periode der deutschen Jurisprudenz die herrschende Meinung. Fast alle älteren Juristen sprachen sich so aus, namentlich Fichard, Gaill (der auch die Praxis der Reichs-K.-G. dafür anführt), Oldendorp, Bultejus, Carpzov, Mevius. — Spätere Juristen (wie Beseler S. 329 f. weiter ausführt, desgl. Hartmann S. 117 f.) suchten jedoch das wechselseitige Testament in den Kreis der vertragsmäßigen Erbfolge hineinzuziehen. So Schilter (Exerc. ad P. 39 § 56—58) und noch entschiedener J. S. Stryke in seiner 1702 erschienenen Dissertation „de testamentis conjugum reciprocis," worin er soweit ging, allen wechselseitigen Testamenten als solchen, zumal bei Hinzufügung eidlicher pacta de non mutando, die Unwiderruflichkeit beizulegen. Ihm schlossen sich angesehene Juristen an, besonders J. H. Böhmer, v. Kramer, v. Bülow und Hagemann. Gleichwohl blieb die ältere Lehre die herrschende, wie sie es auch noch heut zu Tage ist. — Responsum der Leipz. Jur. Fac. von 1813: Das Recht, den letzten Willen abzuändern, welches die Gesetze einem jeden Testirer unbeschränkt gegeben haben, greift auch bei den gegenseitigen Testamenten und Erbeinsetzungen der Ehegatten Platz. (C. G. Biener, opuscul. Vol. II p. 182 sq.) Erkenntniß des A.-G. zu Leipzig von 1840: Das correspective Testament kann, dafern es nicht in Form eines Erbvertrages errichtet ist, in welchem Falle es nach Analogie der Erbverträge zu beurtheilen, von jedem der Testatoren bei Lebzeiten des andern einseitig widerrufen werden. Durch den Widerruf des einen Testaments erlischt das andere von selbst. (v. Hartitzsch, Entscheid. pract. Rechtsfr. Nr. 408.) Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel: Wird der Widerruf correspectiver Testamente einseitig erklärt und zwar während der Lebenszeit beider Testatoren, so ist er unter der Voraussetzung statthaft, daß er auf die eigene Verfügung des Widerrufenden, auf dessen eigenes Vermögen sich beschränkt. (Seuffert, Archiv IV Nr. 64.)

[1]) Codex Fabrianus Lib. VI tit. 5 def. 18: . . . Dicebam non unum quidem testamentum videri debere, sed duplex, cum et duorum hominum testamenta essent, et duarum hereditatum: sed tamen negari non posse, quin alterum alterius contemplatione factum fuisset, et, ut nostri loquuntur, quin essent correspectiva . . . Cui consequens esse dicebam, ut revocato per alterum ex conjugibus testamento aliud quoque omnimodo

Hiermit stimmen auch im Wesentlichen die meisten deutschen Partikularrechte, freilich unter mannigfachen Modificationen, überein.[1])

Erneuert. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 7 § 4. „Als Uns auch angelangt, daß derjhenigen Testamenten halben, die von denn Eheleuten samptlich in einem Libell oder Schrifft verfertigt, darinn je eines von dem andern auff den Fall seines Vorabsterbens zum Erben seiner gantzen Verlassenschaft, oder allein eines Thails derselben eingesetzt, mehrmalen Stritt fürgefallen, und in zweiffel gezogen worden, Ob solche mit beeder Eheleut vereinbartem Willen beschehene mutuae vel reciprocae Dispositiones, und gegen einander beederseits gethane Erbsatzungen und Geschäfft von dem einen Ehegemächt mögen widerrüfft werden? So ordnen Wir hiemit, daß einem jedem Ehegemächt sein Testament,

---

revocatum videri deberet, ut contingit in actibus omnibus correspectivis, destructo uno alterum quoque destrui . . .

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 10 nr. 43 sq.: Idem ex eadem ratione observandum, quando evidenter constat, ideo conjuges fecisse reciprocum testamentum, ut unus ab alio heres institueretur, tunc revocato uno alterius revocatum censetur et vice versa (Menoch. lib. 4 praes. 165 nr. 20. Berlich. decis. 92 m. 5 p. 1.) tanquam quod non sit servata ac impleta conditio, ob quam fit institutio.

Brunnemann, consil. 35, 1 nr. 25. Mutuus consensus conjugum in testamento reciproco obligationem inducit, ut uno non subsistente, nec subsistat alterum.

Hofacker, Princip. jur. civ. § 1364. — At cum correspectivorum inter se testamentorum ea ratio appareat, ut neutrum sine efficacia alterius consistere queat: ultro inde colligitur, quod, cum neutrum testamentorum finem suum sit assecutum, alterutro revocato, alterum quoque censeatur rescissum —.

Bluntschli a. a. O. § 248: . . . Zwar läßt sich der Unterschied noch festhalten, daß das correspective Testament den freien Widerruf eines jeden Testators zulasse, während der Erbvertrag den letzten Willen des Erblassers unwiderruflich macht. Aber es ist doch das Schicksal des einen Testaments gebunden an das Schicksal des andern. Wird jenes widerrufen, so fällt auch dieses zusammen. Die Natur eines einseitigen und selbständigen letzten Willens ist daher nicht rein gehalten. Weiter aber darf man nicht gehen, ohne die Gränzen der beiden Institute, Testament und Erbvertrag, völlig zu verwischen —.

[1]) Nur das Landrecht des Hochstifts und Fürstenth. Bamberg von 1769 Th. I Cap. 1 Tit. 2 § 15 bestimmt: „Außer deme was von Aufhebung der Erbfolg oben vermeldet worden, stehet es in keines Ehe-Theils eigenmächtigen Belieben, solche aufzuheben, zu vernichten, oder unkräftig zu machen, sie seye gleich als ein ordentlicher Pact oder Geschäft unter den Lebendigen, oder in der äußerlichen Gestalt eines wechselweisen letzteren Willens — eingegangen worden."

Erbsatzung oder Geschäfft in seinem Gut beschehen, durch Auffrichtung eines andern Testaments, oder in andere rechtmäßige Wege, zu widerruffen und auffzuheben ohnbenommen: Jedoch solches ohne deß andern Ehegemächts Vorwissen, wafern die vorhabende Enderung zu dessen nachthail und schaden geraichen thet, oder ohn besondere erhebliche Ursachen . . . mit nichten geschehen soll. Da auch ein solche, heimlicher weise und ohne genugsame Ursachen fürgenommene Widerrüffung offenbar würde, Soll alsdann das widerrüffend Ehegemächt alles, was jhme in solcher gesambter Disposition über den schuldigen Pflichtthail verschafft gewesen, zu straff verwürckt haben." [1])

Hamburg. Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 1 Art. 17. „Da auch eine Frau, mit sammt ihrem Manne, ein Testament machet, das soll sie thun, nach dieser Stadt Recht, durch ihren gebührlichen Vormund; und würde ihrer jemandes letzter Wille mit Recht geschwächet, geändert oder wiederrufen, durch Ursachen so den andern Theil nicht belangen, das mag des andern letzten Willen nicht hindern; es wäre dann unmöglich, daß das eine oder andere könnte ausgerichtet und vollzogen werden." [2])

Erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. IV Tit. 1 § 8. „Wolten zwey Eheleut samptlich in einem Brieff, und unterschiedlichen ihren Gütern Testiren, nach laut obbemeldter dieser Statt Freyheit, Das mögen sie thun. So dann eines under denselben Eheleuten, ohn Widerruffung desselben Testaments, mit Tod abgeht: So soll alßdann solch Testament, so viel deß abgestorbenen Güter belangt, kräfftig seyn . . ."

Chur-Triersches Landrecht von 1713 Tit. II § 6. „Als viel der Ehe-Leuthen reciprocirliches Testament betrifft, wollen Wir es bey den gemeinen Rechten bewenden lassen, daß selbiges von jedem Theil nach belieben möge geändert und auffgehoben werden, so wohl in beyder Ehe-Leuthen Leben, als nach eines absterben, und zwarn dergestalten, daß das Testament, als viel den Ehe-Gatt betrifft, welcher es nicht wiederruffen, in seinen Kräfften verbleiben solle, es wäre dann, daß ein Ehe-Gatt das andere zu dem End oder Final Absehen zum Erben eingesetzt, oder was vermacht, daß ihme hingegen auch ein Gewisses von seinem Ehe-Gatten gegeben solle. Welchen falls ob talem dispositionem correspectivam keinem beyder Ehe-Gatten erlaubt ist, solch Testament zu Nachthail deß andern zu änderen; würde aber der Ehe-Gatten eins solches zu thuen gleichwohl unternehmen, solle er hingegen auch deß aus solchem Testament erwartenden oder würcklich erhaltenen Vortheils verlustiget sein."

---

[1]) Vergl. dazu Griesinger, Com. V. S. 189 f. Bolley, 33 Aufsätze über Testamente rc. (Stuttgart, 1808) S. 433 f. Reyscher, Com. III § 687.

[2]) Mit Recht bemerkt Beseler II. 1 S. 341 Note 40, daß der Schluß dieses Art. in dem gegebenen Falle nicht die Ungültigkeit des Widerrufs, sondern die der nicht widerrufenen Verfügung vorschreibt.

Baier. Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. III Kap. 4 § 11. „— Von dem Testamento reciproco ist 3tio zu merken, daß, wenn ein solches einerseits widerrufen, cassirt oder sonst entkräftet wird, alsdann auch das andere ebendadurch für widerrufen, cassirt oder entkräftet gehalten werde, es wäre denn bemeldte Widerruffung oder Entkräftung dem andern Theile bekannt gewesen, und gleichwohl auf dem Testamente seines Orts beharrt hätte, ungeachtet es ihm an genugsamer Zeit, solches gleichfalls widerrufen zu können, nicht ermangelt hat. Den Testamentis reciprocis werden 4to auch die correspectiva in diesem Stücke gleichgeschätzt, sonderbar, wenn 5to das beederseitige Vermögen, wie es sowohl unter Eheleuten, als andern öfters geschieht, zusammengeworfen, und gleichsam aus einem Munde und Willen hiermit testirt wird . . .“ [1])

Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 1248. „Den Ehegatten ist gestattet, in einem und dem nämlichen Testamente sich gegenseitig, oder auch andere Personen als Erben einzusetzen; es kann aber aus der Widerrufung des einen Theiles auf die Widerrufung des anderen Theiles nicht geschlossen werden.“ [2])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2199. „Die Verfügungen der mehreren Erblasser, selbst wenn sie sich gegenseitig auf den Todesfall bedenken, sind in der Regel als unabhängig von einander zu betrachten; es kann die eine Verfügung wegfallen, ohne daß dieß auf die andere Einfluß hat.“ § 2200. „Haben die mehreren Erblasser sich einander in der Maße für den Todesfall bedacht, daß ihre Verfügungen von einander abhängig sein sollen, so fällt mit der einen auch die andere weg.“ [3])

---

[1]) Das Proj. Corp. Jur. Frid. P. II (1751) Lib. VII tit. 9 § 7 setzt „als eine beständige Regel fest, daß alle Testamenta reciproca, welche zwey Eheleute vorgeschriebener maßen den Gerichten schriftlich offeriren, oder mündlich verfertigen, correspectiva seyn sollen. Allermaßen eine vernünftige Vermuthung ist, daß z. E. eine Ehefrau ihren Maritum oder dessen Verwandte rc. dieserwegen avantagiret habe, weil der Ehemann sie oder ihre Verwandten in seiner Disposition gleichfalls wohl bedacht hat; und daß sie es nicht würde gethan haben, wann der Maritus nicht auch für ihre oder ihrer Verwandten Avantage gesorgt hätte . . .“

[2]) Als Grund der letzteren Bestimmung gibt Zeiller, Com. III S. 629 an: „daß sonst zu mancherlei, auf unsichere Vermuthungen gebauten gesetzlichen Einschränkungen und willkürlichen richterlichen Anwendungen der Weg gebahnt werde.“

Uebrigens bemerkt Unger § 24 Note 7: Ist die gegenseitige Abhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen durch ausdrückliche Erklärung der Testatoren festgesetzt, so muß man doch wohl annehmen, daß der Widerruf, und zwar auch der theilweise, der einen Verfügung die andere Verfügung sofort und gänzlich vernichte.

[3]) Nach dem folgenden § findet die letztere Vorschrift auch dann Anwendung, „wenn die mehreren Erblasser sich gegenseitig letztwillig bedacht, und zu

Die Vorschrift des § 485 läßt nach ihrer Fassung keinen Zweifel darüber, daß die dem einseitigen Widerrufe beigelegte Wirkung, das gemeinschaftliche Testament zu vernichten, ganz von selbst (ipso jure) eintritt, ohne daß es auf den Willen des andern Ehegatten ankommt. Es ist deshalb auch gleichgültig, ob der Letztere von dem einseitigen Widerrufe des anderen Theils Kenntniß erhalten hat oder nicht. Diese Ansicht ist auch die allein consequente. Denn wenn nach der Natur des correspectiven Testamentes die darin beiderseits getroffenen Verfügungen in ihrem Bestande von einander abhängig gemacht sind, so hat jeder der beiden Ehegatten schon durch die Errichtung eines solchen Testamentes seinen Willen klar zu erkennen gegeben, seine Disposition an den Fortbestand der andern zu knüpfen.[1]) Der Wille eines Ehegatten, seine eigene testamentarische Verfügung, ungeachtet des ihm bekannt gewordenen einseitigen Widerrufes des Andern, bestehen zu lassen, würde daher ein ganz anderer als der in dem wechselseitigen Testamente erklärte sein, also aus seiner bloßen Unthätigkeit, jenem Widerrufe gegenüber, durchaus nicht gefolgert werden können, vielmehr einer neuen Beurkundung in Testamentsform bedürfen.

Gleichwohl ist die im gemeinen Recht herrschende Lehre dieser Auffassung entgegen. Dieselbe läßt zwar, wie bereits oben nachgewiesen, auch bei correspectiven Testamenten den einseitigen Widerruf unbedingt zu, jedoch unbeschadet der letztwilligen Verfügung des andern Ehegatten, falls dieser nicht auch seinerseits widerruft.[2])

Gunsten ihrer Verwandten oder Dritter Anordnungen, welche nach dem Tode des Zuletztsterbenden in Kraft treten sollen, getroffen oder über ihr gemeinschaftliches Vermögen, als über eine Gesammtmasse verfügt — haben."

Ferner bestimmt § 2214. „Sind gemeinschaftliche letzte Willen auf eine der in §§ 2200. 2201 erwähnten Arten von einander abhängig gemacht, so fällt, wenn der eine widerrufen wird, auch der andere weg, so weit sein Inhalt von jenem abhängig ist . . ."

[1]) So sagt auch Griesinger, Com. über das Wirtemb. Landr. V. S. 198: Wenn der Ehegatte in seinem Testamente schon deutlich zu erkennen gab, daß er dasselbe als ein correspektives Testament angesehen haben wolle, so muß es auch mit dem Testamente seines Ehegatten, auf das es sich bezieht, bestehen und fallen.

[2]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. II def. 11: Communis ac vera est Interpp. conclusio, si conjuges testamentum mutuum, aut reciprocam mortis causa donationem fecerint, alterutrum horum altera etiam parte invita, poenitere et testamentum pariter ac donationem revocare posse . . . Nihilominus tamen hoc casu alterius conjugis testamentum ac dispositio

Unser Landrecht hat sich mit dieser Theorie durch die dem gedruckten Entwurfe erst nachträglich beigefügte Ausnahmebestimmung des § 486[1])

firma ac irrevocata manet (Peck. de test. conj. lib. 1 cap. 43 nr. 2, cap. 44 nr. 1) non obstante, quod testamentum pro parte valere nequeat, quia inter Conjuges hoc casu non unum, sed duo censentur esse testamenta.

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. I art. 10 nr. 25 sqq.: — Revocatione testamenti ab uno facta, alterius tamen conjugis testamentum et dispositio firma et irrevocata manet. Non enim simultaneum id testamentum jure contractus vel pacti subsistit, ut mutatio unius partis totum tollat, sed valet ex voluntate testantium, quae quotidie est revocabilis, non revocata tamen semper durat; nec revocatio ejus praesumitur, nisi probetur.

S. Stryk, de caut. test. cap. 24 § 21: — Interim tamen, licet unius voluntas revocata sit, non tamen alterius mox mutata dicenda est. Quamvis enim alterum alterius contemplatione factum sit, ut propterea subsistente uno alterum quoque subsistere debere, et vice versa, dicendum esse videatur; attamen ex alterius voluntate alteri libertas testandi auferenda minime est.

Griesinger a. a. O. S. 198 f.: Wenn der widerrufende Ehegatte seinem Ehegatten von dem Widerrufe Nachricht gibt, so weiß dieser nun, was er zu erwarten habe und kann daher seine Maasregeln darnach ergreifen und sein Testament gleichfalls widerrufen. Thut er dieses nicht, so bleibt sein Testament bei Kräften, außer man ersähe aus den ausdrücklichen Worten, oder aus anderen Anordnungen des Testamentes, daß er seinen Ehegatten oder solche Personen, für welche sich dieser interessirt, blos deswegen in seinem Testamente bedacht habe, weil jener ihn in seinem Testamente ebenfalls bedacht habe . . . Gab er dieses aber in seinem Testamente nicht deutlich zu erkennen, so muß zwar im Zweifel jedes gegenseitige Testament der Ehegatten für ein correspectives angesehen werden; aber wenn der Ehegatte den Widerruf des Testaments des andern Ehegatten erfährt und sein Testament nicht widerruft, so muß die Vermuthung für die Correspektivität desselben dadurch fallen. — Dieser Ansicht schließt sich auch Glück (Com. B. 35 S. 67) an, unter Hinweisung auf mehrere ältere Rechtslehrer.

[1]) Diese Vorschrift ist durch die Bemerkung mehrerer Monenten veranlaßt worden, welche es hart und unbillig fanden, daß das Testament auch in Betreff der Verordnungen des Nichtwiderrufenden in allen Stücken vernichtet werde

> „weil, wenn der eine Ehegatte von dem Widerruf des andern nichts erfahren, und also in der Meinung, daß das wechselseitige Testament noch bestehe, verstorben sei, seine Legatarien wider seinen Willen um die ihnen zugedachten Vortheile kommen könnten."

Um dies zu verhindern, wurde zwar vorgeschlagen, daß der Richter, bei welchem der Widerruf erfolge, dem andern Ehegatten davon Mittheilung zu machen habe. Suarez bemerkte indessen, daß diese Maßregel, da der Widerruf bei einem andern Richter, als bei welchem das Testament deponirt worden, erfolgen könne, ungenügend sei, oder doch möglicher Weise zu großen

abgefunden, wodurch die Consequenz wenigstens insofern gewahrt ist, als nur der nicht correspective Theil der testamentarischen Verfügung des anderen Ehegatten bis zum ausdrücklichen Widerrufe desselben aufrecht erhalten wird.

15. Einer anderen Art der Aufhebung eines wechselseitigen Testamentes als mittelst des Widerrufes[1]) gedenkt unser Landrecht nicht. Es fragt sich daher:

> welche Wirkung die nur in Betreff der testamentarischen Verfügung des einen Ehegatten wegen äußerer oder innerer Mängel obwaltende Nullität auf den Rechtsbestand der Disposition des andern äußere.

Die gemeinrechtliche Doctrin will die Disposition, bei welcher der Mangel nicht zutrifft, aufrecht erhalten wissen.[2]) Geht man aber von dem Grundsatze aus, daß bei wechselseitigen Testamenten der Rechtsbestand der einen Disposition durch den der andern bedingt ist, so erscheint es in der That ganz gleichgültig, aus welchem Grunde der letztwilligen Verfügung des einen Ehegatten ihre Wirksamkeit entzogen

Weiterungen führe. Er schlug daher vor: daß diejenigen Legate gelten sollten, welche der nicht widerrufende Theil zum Besten Anderer als der Verwandten und Freunde des Widerrufenden ausgesetzt habe; denn bei diesen könne man keine Rücksicht auf die Dispositionen des Widerrufenden vermuthen. Demgemäß wurde der § 486 eingeschaltet. Gesetz-Revision, Pensum XVI S. 243. Bornemann VI S. 132 f.

[1]) Dem ausdrücklichen Widerrufe steht nach unserem Recht die Zurücknahme aus der gerichtlichen Gewahrsam ganz gleich. Vergl. das Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 8. Mai 1854. (Striethorst, Archiv B. 13 S. 83 f.)

[2]) Consil. Tubing. Vol. IV cons. 54, woselbst die Frage behandelt wird: an in reciprocis inter conjuges testamentis defectus seu nullitas ex unius solummodo latere veniens, etiam testamentum alterius annullet? Es wird hier am Schlusse gesagt: „Dann gleichwie, wann zwey Conjuges zwar selbst vor Gericht erscheinen, und ein jedes daselbst seinen ultimam Voluntatem coram Judice declarirt; des einen Testament aber, ex qualicet causa, ipso jure null und nichtig ist, von des andern Testament nicht gesagt werden mag, daß jenes per hujus invalidi Testamenti simultaneam ordinationem interrumpirt und dadurch annullirt worden: Also mag auch im Fall, wann der Mann nur allein apud Acta erscheint, und das Weib nur per Literas oder per Mandatarium ihren Willen declarirt, dieses pariter invalidi Testamenti Uxoris simultanea ordinatio dem actui testandi ex parte Mariti, den Er de caetero legaliter observirt, keinen nachtheil zuziehen." In der Ausführung ist auf eine Reihe älterer Rechtslehrer, namentlich Peck, Mevius, Besold, Struv, Bezug genommen. Vergl. auch das Hamburg. Stadtr. Th. III Tit. 1 Art. 17 (s. oben S. 468).

wird — ob durch das Gesetz oder durch den eigenen Willen des Verfügenden.[1])

16. Die §§ 487, 488 behandeln den Fall des theilweisen Widerrufes des wechselseitigen Testamentes Seitens des einen Ehegatten, jedoch inconsequenter Weise nach andern als den in den vorhergehenden §§ 485, 486 aufgestellten Grundsätzen. Es muß befremdend erscheinen, daß das Landrecht dem einseitigen Widerrufe der ganzen testamentarischen Disposition des einen Ehegatten (also auch der darin erklärten Erbeinsetzung) volle Wirkung beilegt und dessenungeachtet den einseitigen Widerruf einer bloßen Vermächtnißanordnung, so weit er zum Nachtheil des anderen Ehegatten abzielt, für ungültig erklärt. Ist einmal die Widerruflichkeit des correspectiven Testamentes anerkannt, so muß diese auch für den ganzen Inhalt desselben gelten, also um so mehr auch ein theilweiser Widerruf gestattet sein. Die Wirkung eines solchen auf die Disposition des anderen Ehegatten ist aber gleichfalls nach dem Prinzipe der Correspectivität zu beurtheilen.[2])

---

[1]) Auch das Baier. Landr. Th. III Kap. 4 § 11 (s. oben S. 469) behandelt beide Fälle ganz gleich. v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 7 bemerkt zu der betreffenden Bestimmung: ein Testamentum reciprocum oder correspectivum ist zwar ebenfalls duplex, annebens aber von solcher Beschaffenheit, daß eins ohne dem andern so leicht nicht gemacht wird, woraus nothwendig folgen muß, daß sobald nur eins (z. E. ob defectum voluntatis, institutionis, testabilitatis activae vel passivae, agnationem sui haeredis u. dergl.) zusammfallt, das andere ex defectu voluntatis wenigist so weit, als es reciprocum vel correspectivum gewest, gleichfalls nicht mehr bestehen kann.

[2]) Hartmann S. 140 f. sagt hierüber: Vielleicht noch schwieriger möchte die Frage zu lösen sein, wann in Beziehung auf seinen Umfang der Widerruf eines Testaments in Betracht kommen soll, m. a. W. ob nur bei totalem Widerruf die Vernichtung der entsprechenden Disposition des Anderen eintreten soll, oder ob jede theilweise Aenderung dazu genügt ... Am bequemsten haben es sich hierbei Antonius Faber, wie nach dessen Vorgange Harpprecht und Mevius gemacht. Es soll nämlich jeder theilweise Widerruf schlechthin nichtig sein. — Selbst in das Allgem. Preuß. Landrecht sind mit der ganzen gegnerischen Theorie auch diese Sätze übergegangen. Daß aber gerade die Haupturheber jener Lehre, um ihre praktische Ausführbarkeit zu retten, zu einem vom Standpunkte des gemeinen Rechts aus so verzweifelten Ausweg greifen zu müssen glaubten, spricht gewiß schon nicht wenig zu Gunsten unserer verwerfenden Kritik ... Es bleibt nichts Anderes übrig, als entweder dem theilweisen Widerruf jede Wirkung auf das andere Testament abzusprechen, oder es in dem correspondirenden Inhalt gänzlich dadurch vernichten zu lassen. Ergreift man die erstere Wahl, so ist wieder der Zweck

§ 489. «Wenn die Ehe unter den wechselseitig testirenden Eheleuten durch Scheidung getrennt worden, so verliert das ganze wechselseitige Testament von selbst seine Gültigkeit.»

17. Da gemeinschaftliche Testamente nur unter Ehegatten zuläßig sind, so haben sie den Rechtsbestand der Ehe zur bedingenden Voraussetzung. Es trifft daher hier um so mehr Dasjenige zu, was bereits oben S. 438 Nr. 6 rücksichtlich der Erbverträge der Ehegatten gesagt ist.[1])

Hymmen, Beytr. zur jur. Litt. II. S. 111 f.: In einem in revisorio von der Regierung zu Stettin am 21. August 1765 wiederhergestellten Erkenntnisse erster Instanz ist angenommen: daß testamenta conjugum reciproca durch die Ehescheidung entkräftet werden, da sie aus wahrer Zuneigung und ehelicher Liebe ihren Ursprung nehmen, mithin Folgen der Ehe sind, daß also bei Errichtung eines solchen Testaments die Bedingung eo ipso zu verstehen sei, wenn nämlich die Umstände in solchem Zustande verbleiben, der den Beweggrund zu solcher Disposition bewirkt; daß überdem alle successiones der Eheleute nach den pactis, statutis und Schenkungen auf den Todesfall vermöge der Gesetze aufhören, wenn eine wirkliche Scheidung vorgeht.

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2222. „Eine letztwillige Verfügung eines Ehegatten zu Gunsten eines anderen ist als widerrufen zu betrachten, wenn die Ehe für nichtig erklärt, oder in Folge Anfechtung aufgehoben oder geschieden wird, oder die Ehegatten auf Lebenszeit von Tisch und Bette getrennt werden."

Da übrigens durch die Ehescheidung das wechselseitige Testament vermöge des Gesetzes (ipso jure) seine Gültigkeit verliert, so kann dasselbe dadurch, daß die geschiedenen Ehegatten später eine neue Ehe miteinander eingehen, nicht ohne Weiteres wieder in Kraft treten; denn selbst der

---

der ganzen Theorie beeinträchtigt, und im andern Falle läßt sich eine bald größere, bald geringere Unbilligkeit auch nicht verkennen.

[1]) Vergl. Ulp. l. 11 § 10 D. de donat. int. v. et u. (24, 1): Si maritus uxori donaverit mortis causa, eaque diverterit, an dissolvatur donatio? Julianus scripsit, infirmari donationem, nec impendere. Id. l. 49 § 6 D. de leg. 3: Sed ut legatum (nämlich ejus quod uxoris causa paratum est) valeat, mortis tempore uxorem esse debere, Proculus scripsit; et verum est, separatio enim dissolvit legatum. Celsus l. 3 D. de auro arg. (34, 2): Uxori legavit, quae ejus causa parata sunt, et ante mortem divortit; non deberi, quia ademta videantur, Proculus ait; nimirum facti quaestio, nam potest nec repudiatae adimere voluisse.

übereinstimmende Wille der Testatoren vermag jene Wirkung des Gesetzes nicht ungeschehen zu machen.[1])

---

§ 490. «Auch nach dem Tode des einen Ehegatten hat der überlebende die Wahl: ob er die Erbschaft aus dem Testamente antreten, oder ausschlagen wolle.»

§ 491. «Entsagt er der Erbschaft aus dem Testament, so finden die Vorschriften des neunten Titels im Ersten Theil § 398 ff. Anwendung.»

18. Daß auch bei dem wechselseitigen Testamente es in den Willen des berufenen Erben gestellt wird, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, erscheint um so mehr gerechtfertigt, als dasselbe sogar bei dem Erbvertrage gilt.[2]) Dies stimmt auch mit dem gemeinen Rechte überein.[3])

So verordnet auch das Fürstl. Bamberg'sche Landrecht von 1769 Th. I Cap. 1 Tit. 2 § 16:

> „Der überbleibende Ehe-Gatt kan sich des Verstorbenen Erbschaft unterziehen, und solche antretten, oder sich derselben nach seiner Willkühr entschlagen, auf die nemliche Art und Weis, wie überhaupts von denen Erben in Gemeinen Rechten versehen ist."

---

[1]) Aus dem letzteren Grunde trifft hier die Entscheidung Ulpian's in l. 32 § 11 D. de don. inter v. et u. (24, 1) nicht zu: Quid ergo, si divortium factum est, deinde matrimonium restauratur, et in divortio vel mutata est voluntas, vel eadem duravit, restaurato tamen matrimonio et voluntate donatoris reconciliata, an donatio duret, si constante matrimonio donator decesserit? Et potest defendi, valere.

[2]) § 641 Tit. 12 Th. I (s. oben S. 375).

[3]) Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 10 nr. 52: — re adhuc integra permissum videtur superstiti eligere, an hereditatem adire, ac testamento acquiescere, an vero illa repudiata jus ex statuto vel consuetudine competens complecti velit. (Letzteres widerstreitet allerdings unserem Recht, vergl. § 642 Tit. 12 Th. I.) Glück, B. 35 S. 68: Ist das correspective Testament durch den Tod eines der Testirer bestätiget und die Erbschaft deferirt, so kommt es darauf an, ob sie der Ueberlebende annehmen will, oder nicht. Denn er kann auch die Erbschaft ausschlagen, wenn ihn sonst kein Vertrag bindet, oder aus dem Testamente oder aus anderen Gründen der Wille der Testirer, es unwiderruflich zu machen, hinlänglich hervorgeht. Auf Seiten des Verstorbenen tritt nun die Intestaterbfolge, und der Ueberlebende kann über sein eigenes Vermögen nach Gefallen testiren. Vergl. auch Emminghaus, Pandekten des gem. Sächs. Rechts S. 690 Nr. 4.

---

§ 492. «Nimmt er (der überlebende Ehegatte) die Erbschaft aus dem Testamente an: so kann er auch von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen, insofern aus der Fassung oder aus den Umständen erhellet, daß der Erstverstorbene ihm seinen Nachlaß, in Rücksicht auf diese Verfügungen, zugewendet habe.»

§ 493. «Dies wird hauptsächlich bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermuthet, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen.»

19. In diesen erst durch die neuere Doctrin geschaffenen Rechtssätzen tritt dasjenige Element der wechselseitigen Testamente hervor, welches sie dem Erbvertrage nahe bringt — ein Punkt, der seit jeher der Theorie große Schwierigkeiten gemacht und die Praxis als eine ergiebige Quelle von Prozessen vielfach beschäftigt hat.

Die ältere gemeinrechtliche Doctrin, wie Beseler II. 1 S. 327 f. und Hartmann a. a. O. S. 147 f. ausführt, zerlegte einstimmig die Disposition über den Gesammtnachlaß in Einzelverfügungen der beiden Testatoren, dergestalt, daß sie dem überlebenden jederzeit die Bestimmung des Schicksals seines besonderen Nachlasses freiließ.[1]) Man

---

[1]) Oldradus de Ponte s. oben S. 465 Note 2. — Mevii Decis. IX 148: — Reciproca ista testamenta vicem duorum habent. Singulae enim personae suam voluntatem ultimam edunt, etsi conjunctim et tabulis connexis, tamen pro se quaeque testatur, nec alterius vis ex alterius voluntate, sed quaeque dispositio ex disponentis voluntate subsistit. Quare ut ubi alterutrius voluntas morte desinit testamentum firmum redditur, ita ubi superstitis voluntas mutatur et prius testamentum ex eo simul mutatur.

Carpzov, Jurispr. for. P. III c. 2 d. 12. Mortuo licet uno conjuge, superstes tamen, pro sua parte, a testamento reciproco recedere valet ... Non enim jure contractus vel pacti, quod mutuo utriusque contrahentis dissensu dissolvi debet, testamenta conjugum mutua subsistunt, sed in vim ultimae voluntatis, quae quotidie est revocabilis. Nec morte unius testamentum ex parte etiam conjugis superstitis confirmatur, quia duo censentur testamenta, quorum unumquodque morte demum sui testatoris redditur irrevocabile . . .

Struv, synt. jur. civ. Exerc. 32 th. 43: Caeterum quaeritur: an testamentum inter conjuges reciprocum possit ab uno conjuge, etiam post mortem alterius revocari? Aff. quantum ad bona attinet, quae spectant ad revocantem. Continet enim isthoc testamentum duo testamenta, cum

verkannte zwar nicht die hierdurch hervorgerufenen Mißstände, hielt diese aber für unvermeidlich.[1]) Erst gegen Anfang des 18. Jahrhunderts begann sich eine abweichende Auffassung in Deutschland zu verbreiten, welche noch heute einen großen Einfluß auf die Praxis ausübt.

Man suchte zunächst nach Mitteln und Wegen, um das von der damaligen Doctrin für unantastbar gehaltene Prinzip von der Unstatthaftigkeit des Verzichts auf die Testirfreiheit so gut wie möglich zu umgehen. Eine große Rolle spielte in dieser Hinsicht die von dem Belgischen Juristen Peter Peck[2]) aufgebrachte, oder doch ausführlich vertheidigte Cautel, welche darin besteht, daß nur der eine Ehegatte, aber mit ausdrücklicher Genehmigung des anderen über ihrer beider Gut zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder allein verfügen soll.[3]) — Trotz ihrer augenscheinlichen Verkehrtheit[4]) fand diese ganze Lehre na-

---

duae sint personae testantes, et duae hereditates. Quamvis enim alter conjux, v. gr. uxor, ea consideratione et respectu bona reliquerit alteri, v. gr. marito, ejusque propinquis, quod et alter alteri, ejusque propinquis sua vicissim relinquat bona: adeoque videatur, maritum, a sua parte revocantem, non retinere posse bona uxoris, ad quae sub dicta ratione videtur vocatus. Non tamen id, quod forte induxit ad testandum conjugem, potest immutare naturam testamenti, quod in se est revocabile.

Brunnemann, com. in P. ad l. 22 de leg. 3 nr. 3 sq.

[1]) Cod. Fabrianus Lib. VI tit. V def. 18: . . . An ergo fatendum erit licere superstiti conjugi voluntatem praemortui conjugis circumveuire revocato testamento eo tempore, quo suum revocare nequeat is, qui jam est defunctus? Utique. Id enim tolerabilius est, quam ut adimatur superstiti libera testandi facultas, quam sibi adimere nemo potest. An potius imputandum est praemortuo, cur id testamenti genus elegerit, quod tam facile et in necessariam alienae voluntatis consequentiam everti posset? . . .

[2]) Tractatus de testamentis conjugum (Colon. Agripp. 1585) lib. I cap. 43.

[3]) Dann könne, meint Peck, zwar der Urheber des Testaments immer noch seinen Willen ändern, aber der andere sei durch seinen Consens, welcher z. B. schon in dem Unterschreiben jenes Testaments gefunden werden müsse, für die Dauer gebunden. Er werde demnächst auf Grund der fremden Verfügung als solcher beerbt; diese sei nicht etwa als sein eigenes, nur durch einen Vertreter errichtetes Testament anzusehen. Daneben könne er selbst auch noch wirklich testiren; den materiellen Inhalt dieser hereditas testamentaria bilde das nach Ertheilung jenes Consenses erworbene Vermögen, auf welches sich der Consens nie mit erstrecken dürfe. (Hartmann a. a. O. S. 148.)

[4]) Beseler S. 333 bemerkt darüber: Es ist dies nichts weiter als einer der vielen juristischen Kniffe, womit man in der früheren Cautelarjurisprudenz eine wohldurchgeführte Consequenz glaubte umgehen zu können: Denn jeder kann nur über sein Vermögen, nicht über das eines Andern testiren.

mentlich auch in Deutschland allgemeinen Beifall; man ließ sogar hier meistens die von Peck noch behaupteten Einschränkungen fallen. Carpzov, Besold, Berlich, Mevius, S. Stryke, J. H. Böhmer u. A. sind Anhänger der Cautel in ihrem weitesten Umfange.[1]) — Selbst in Landesgesetzen hat sie Anerkennung gefunden. So verordnet das ältere Baierische Landrecht Tit. 34 Art. 13:

„Es kan auch das ein Ehegemächt dem andern gewalt und bewilligung geben, daß es von seinem des bewilligenden Ehegemächts Guet testiern mög."

eine Bestimmung, die auch der Cod. Max. Bav. civ. Th. III Kap. 4 § 10 aufgenommen hat:

„Testamente, welche von Eheleuten unter sich gemacht werden, haben nichts Besonderes an sich, außer daß die oben bemeldte Rechtsregel, Kraft welcher nämlich ein letzter Wille des andern Willkühr und Arbitrio nicht überlassen werden kann, nach hiesigen Landrechten einen Abfall hierin leidet, dergestalt, daß ein Ehegatte dem andern Gewalt und Macht ertheilen kann, von seinem eigenen eben so, wie von des anderen Ehegatte Gute, testiren zu können."[2])

---

[1]) So sagt Carpzov, Jurispr. for. P. III const. II def. 13: — At illud concesserim, quod si maritus solus tam de suis propriis, quam Uxoris bonis ad communem liberorum utilitatem testetur, illudque testamentum ab uxore approbari et subscribi curet, Uxor postea suae approbationi et consensui contravenire, ac testamentum illud mariti revocare nequeat, quamvis ipsi marito id facere liceat. Qua certe cautela marito uxoris inconstantiam metuenti plenissime consultum videtur. Eo namque casu, si maritus solus testetur, eique testanti uxor consentiat, non nisi unicum habetur testamentum, quod pro parte revocari et pro parte valere nequit. Et Uxor marito testanti consentiens videtur per modum contractus se obligare. At consensu semel praestito et contractu confirmato, mutationi et poenitentiae locus non datur.

[2]) Hieraus wird aber nicht die Unwiderruflichkeit des Testaments Seitens des consentirenden Ehegatten abgeleitet. v. Kreittmayr a. a. O. Nr. 8 bemerkt: Daß ein Testamentum simultaneum so wohl unter Eheleuten als andern ohne Unterschied, ob von zusammengeworfenem Gut testirt worden oder nicht, auch ob ein Ehegatt von des andern Gut zu testiren begwaltet gewest oder nicht, allzeit widerum von jedem Theil mit oder ohne Willen des andern pro sua parte bonorum zurückgenommen, mithin auch anders disponirt werden könne, hat de jure tam Bavarico quam communi seine gute Richtigkeit. Ein gleiches ist auch von testamentis reciprocis et correspectivis zu sagen . . . und hat der Widerruf nicht nur bey Lebzeiten beeder oder sämmtlicher Theilen, sondern auch wann schon eines vorausgestorben ist, nichts desto weniger noch Statt, dann der Tod bestättiget zwar das Testamentum praedefuncti, macht aber gleichwohl das andere von

Spätere Juristen, wie Schilter und J. S. Stryke suchten die Aushülfe darin, daß sie dem wechselseitigen Testamente von vornhererein die Wirkung eines Erbvertrages beilegten (s. oben S. 465 Note 2) — eine Ansicht, die zwar Anhänger fand, aber nicht durchzudringen vermochte.

Die herrschende Theorie, die auch in unser Landrecht Eingang gefunden hat,[1]) geht nach der Darstellung Glück's[2]) und Mühlenbruch's[3]) dahin:

Hat der Ueberlebende die Erbschaft des Zuerstverstorbenen angetreten,

---

dem übergebliebenen Theil nicht unveränderlich, sondern dieses bleibt in suspenso und ambulatorium usque ad mortem wie jeder andere letzte Will.

[1]) Die älteren deutschen Partikularrechte folgen meist der früheren Doctrin.

Hamburger Stadt-Recht Th. III Tit. 1 Art. 19. „Es soll auch auf obgesetzten Fall, wann zwey Eheleute zusammen ein Testament machen, und hernach derselben einer verstirbet, alsdann dem überlebenden Ehegatten vergönnet und zugelassen seyn, von seinem Antheil Güter, ein ander Testament aufzurichten, und das vorige soweit zu ändern."

Frankfurt. Reformation Th. IV Tit. 1 § 8 (im Anschlusse an die oben S. 468 mitgetheilte Vorschrift): „— und der überlebend Ehemahel nicht desto weniger macht haben, ermeldt gemein Testament, so viel seine Güter betrifft, seines gefallens zu endern, oder gar abzuthun, und von neuwem zu Testiren, Obgleich solches im Testament außtrücklich dermassen nicht were vorbehalten worden. Wie dann solches in unser Alten Reformation auch also versehen."

Churf. Maynzisches Land-Recht Tit. XIII § 2. „Hätten zwey Ehe-Leuth miteinander ein Testament gemacht und eines wäre aus ihnen gestorben, ohne daß es solches seines Orths widerruffen hätte, so kan doch gleichwohlen das überlebende Ehe-Genoß seines widerruffen, aufheben und nach belieben ändern."

In Betreff des Baierischen Landrechts s. oben S. 478 Note 2.

Das Württemb. Landr. (s. oben S. 467) enthält über den fraglichen Fall keine Bestimmung.

Reyscher, Com. III § 687 bemerkt: Aus der Natur der Sache ergibt sich, daß der Ueberlebende, nachdem er die Erbschaft aus dem Testamente angetreten, auch die ausdrücklichen oder stillschweigenden Auflagen aus demselben zu erfüllen hat, und sofern zu diesen Auflagen gehört, daß die Erbschaft des Verstorbenen oder der beiderseitige Nachlaß später an die Verwandten des Andern oder an die beiderseitigen Verwandten komme, kann dieses Fideicommiß sofort nicht mehr geändert werden. Vergl. die ausführlichen Erörterungen Griesinger's in seinem Com. B. V S. 200 ff.

Den angeführten Partikularrechten stehen aber andere gegenüber, die von dem entgegengesetzten Gesichtspunkte, dem der Gebundenheit der überlebenden Ehegatten ausgehen.

Geldern'sches Landrecht Th. III Tit. 6 § 4. „Als Man ende Vrouwe t'samender handt, oft d'een van hun beyden met bewillinge ende consent

so erhält er nun das ihm in dem Testamente des Verstorbenen zugedachte ganze Vermögen, er ist jedoch verpflichtet, die außerdem noch gemachten Verordnungen desselben zu erfüllen. Soviel aber das eigene Testament des Ueberlebenden betrifft, so wird dasselbe, wenn der Verstorbene allein darin zum Erben eingesetzt war, nun durch den Tod desselben destituirt und hiermit fallen denn auch alle darin angeordneten Legate und Fideicommisse weg.[4]) Ist aber das Vermögen beider Testirer zu einem Fideicommiß gemacht, d. h., haben Beide über ihr Vermögen dergestalt verfügt, daß der Ueberlebende zwar des Vorverstorbenen ganzes Vermögen erhalten, nach dessen Tode aber ihr beyderseitiger Nachlaß an ihre Verwandten von beyden Seiten zu bestimmten Theilen, oder an eine gewisse dritte Person kommen soll; so kann nun dieses Fideicommiß nicht mehr geändert werden. Denn der Ueberlebende hat den Willen des Verstorbenen, welches ja auch sein eigener freyer Wille war, durch die Erbschafts-Antretung als unwiderruflich anerkannt und bestätiget. Wenn nun gleich durch die Antretung der Erbschaft schon nach dem gemeinen Rechte der Nachlaß des Testirers mit dem eigenen Vermögen des Erben in eine Masse zusammenfließt; so liegt es hier noch besonders in dem Sinne des ganzen Testaments, daß das beyderseitige Vermögen der Testirer gleichsam als **Ein** Vermögen angesehen, und so nach dem Tode des Ueberlebenden unter die beyderseitigen Verwandten der testirenden Ehegatten, als ob es nur **Eine** Erbschaft wäre, vertheilt werden solle. Hierdurch ist nun das Vermögen beyder Testirer in die reciproke Einsetzung

---

des anderen, Testament hebben gemaeckt tot behoef van hunner beyder kinderen, Soo en magh der lancxtlevender 't selve Testament niet veranderen oft wederroepen" (eine Vorschrift, die auch in die Churköln. Rechtsordn. von 1663 Tit. I § 14 übergegangen ist. Hartmann S. 150 Note 3). Chur-Triersches Landr. Tit. II § 6 (s. oben S. 468). Fürstl. Bambergsches Landr. Th. I Kap. 2 Tit. 9 § 6, 7 (s. oben S. 383), § 9. „Wann die Eheleut durch ein gemeinschäftliches Testament oder Pact unter den Lebendigen nur des einen Ehe-Theils Anverwandte, oder von diesen hierzu benannte Personen zur Erbfolg berufen: So kann weder der eine noch der andere Ehe-Theil für sich allein bey ihren beederseitigen Lebs-Zeiten, weder auch, nachdeme eines der Ehe-Leuten verstorben sein wird, die Erbfolg einseitig aufheben, oder einen anderen Erben setzen. Es wäre dann demjenigen Ehe-Consorten, dessen anverwandte oder sonstige von ihm ernannte Person die Erbfolg betrieft, von dem anderen das Recht den Erben zu verändern, ausdrücklich eingeraumet worden."

[2]) Com. B. 35 S. 68 f.

[3]) Fortsetz. des Glück'schen Com. B. 38 S. 223 f. Vergl. Heimbach sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 897 f.

[4]) C. F. Hommel, Progr. Mortuo uno conjuge testamentum reciprocum ex parte superstitis fit illico destitutum et omnimodo invalidum (Lips. 1764). G. L. Böhmer, auserles. Rechtsfälle Th. I Resp. 29 Nr. 10—13.

selbst hineingezogen, und so unzertrennlich damit verknüpft worden, daß eine willkührliche Aenderung von Seiten des Ueberlebenden nicht mehr Statt finden kann. Denn es ist hier ein Universal-Fideicommiß vorhanden, welches beyder Ehegatten Vermögen in sich begreift. Jeder der Testirer hat hier zugleich über das Vermögen des Andern disponirt. Der Ueberlebende muß also diesen Willen des Verstorbenen anerkennen, wenn er desselben Erbe geworden ist.

Denn da nach der Natur eines correspectiven Testaments anzunehmen ist, daß der Vorverstorbene nicht so, wie geschehen, testirt haben würde, wenn er nicht darauf Rechnung gemacht hätte, daß der Ueberlebende keine andere Disposition über sein eigenes Vermögen machen werde; so ist ohne Zweifel der Ueberlebende unter der Bedingung eingesetzt, daß er von dem gemeinschaftlichen Testament nicht wieder abgehen solle. Diese Bedingung zu erfüllen, hat sich der Ueberlebende durch die Antretung der Erbschaft verpflichtet, und er kann sich daher, wenn er die Erbschaft einmal angetreten hat, nicht mehr mittelst Zurückgabe des Nachlasses des Vorverstorbenen an desselben Intestat-Erben von der Erfüllung dieser Bedingung befreyen. Nach der entgegengesetzten Ansicht würde sich sonst ein Erbe nach Willkühr von einer einmal angetretenen Erbschaft wieder lossagen können.[1])

Der hier vorausgesetzte Fall, wenn das gemeinschaftliche Testament eine Verfügung über das Gesammtvermögen der Testatoren als über ein Ganzes auf den Todesfall des Letzlebenden enthält, ist der im Leben am häufigsten vorkommende, aber gerade derjenige, welcher die meisten Schwierigkeiten bietet.

Also A und B setzen einander zu Erben ein, mit der Bestimmung, daß ihr beiderseitiges Vermögen nach des Letztlebenden Tode gewissen im Testamente genannten oder bezeichneten Personen zufallen solle. Man könnte nun diese Disposition juristisch etwa auf folgende Art auslegen: die Notherben sind dem Vorverstorbenen direct, dem Ueberlebenden fideicommissarisch substituirt, m. a. W. sie beerben den Ueberlebenden in Ansehung dessen eignen Nachlasses direct, da der von ihm eingesetzte Vorverstorbene nicht hat Erbe werden können, diesen beerben sie fideicommissarisch, da der Ueberlebende dessen Erbe geworden ist. Wäre dies nun wirklich die Willensmeinung der Disponenten, so würde die Entscheidung sehr einfach seyn. Ueber sein eignes Vermögen dürfte der Letztlebende anderweitig frei verfügen, sowohl durch Geschäfte auf den Todesfall, wie unter Lebenden, und nur in Beziehung auf den Nachlaß des zuerst Verstorbenen wäre er denselben Dispositionsbeschränkungen unterworfen, wie jeder andere Fiduciarerbe. Es kommt nun freilich immer darauf an, wie die Verfügung lautet, und was die Testirer

[1]) Soweit geht die Ausführung Glück's. Das Folgende ist den Erörterungen Mühlenbruch's auszugsweise entnommen.

beabsichtigten. Allein im Zweifel ist doch wohl anzunehmen, daß jeder Theil darauf rechnete, der Andere werde es bei dieser Disposition bewenden lassen; soll also lediglich die Absicht der Disponenten hier entscheiden, so ist eine Auslegung gewiß nicht zu begünstigen, wonach Einer des Andern Erbe werden, über sein eigenes Vermögen aber frei verfügen kann.

In der That drückt man wohl die Absicht der Testirenden am richtigsten aus, wenn man die Verfügung für ein Universal-Fideicommiß erklärt, womit das beiderseitige Vermögen zum Besten der Nacherben belastet ist. Damit ist aber die Frage noch nicht beantwortet, ob dadurch dem Ueberlebenden die Hände gebunden sind, oder ob er über sein eigenes Vermögen nach wie vor verfügen kann.

Nach der einen Ansicht, als deren Vertheidiger hauptsächlich Harprecht[1]) und Hasse[2]) zu bezeichnen sind, behält der Ueberlebende freies Dispositionsrecht über sein eigenes Vermögen, muß jedoch bei anderweitiger Verfügung alles aus dem Vermögen des Vorverstorbenen Erhaltene nebst dessen Früchten zurückgeben, wie wenn er dessen Erbe nie geworden wäre. Nach der zweiten, von Glück und Mühlenbruch vertretenen Ansicht schließt die Erbschaftserwerbung von Seiten des Ueberlebenden alle weitere Verfügung aus. Jeder Testirer hat nach dieser Auffassung zugleich über das Vermögen des Andern Verfügung getroffen und diese ist durch die vermöge der Erbschaftsantretung begründete obligatio quasi ex contractu unwiderruflich wirksam geworden. Nunmehr ist, dem Sinne des Testamentes gemäß, das beiderseitige Vermögen als ein einziges, und zwar dem Fideicommißrecht unabänderlich unterworfenes anzusehen.[3])

---

[1]) Diss. de testamentis correspectivis § 31 sqq. und Diss. de reciproci inter conjuges testamenti revocatione Cap. I § 11.

[2]) im Rhein. Museum für Jurispr. III. S 269 ff. und S. 490 bis zu Ende der Abhandl.

[3]) Die hier dargestellte Ansicht wird mehr oder weniger schon von älteren Rechtslehrern getheilt. Vergl. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 10 nr. 3 sqq.: . . . Haud saltem in persona conjugum subsistere solet mutuum hoc testamentum, scilicet ut sibi invicem, seu ultimo superstes praedefuncto succedat: sed plerumque ultra ad heredes seu consanguineos utriusque porrigitur, ut iis utroque conjuge defuncto deferatur successio: Daß der letztlebende Zeit seines Lebens der erstverstorbenen Güter behalte und gebrauche, nach dessen Absterben aber beyder Eheleute Erben solche unter sich theilen. Hujusmodi dispositio continet fideicommissum, quo superstes rogatus censetur, post mortem heredibus ab intestato venientibus relinquere, aut restituere hereditatem. Cujus divisio eveniente casu mortis utriusque fit juxta voluntatem testantium . . . Eodem nr. 49 sq.: Priori casu (si ex testamento hereditatem adeat) indubium est . . . approbando aditione testamentum (a superstite) omnia approbata esse, quae in eo fuerunt dis-

Auch in der Praxis ist diese Ansicht durchgedrungen.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 21. August 1851: Das correspective Testament ist zwar immer ein Testament und kein

---

posita. Ideoque et conditionem bonis appositam servare debere. Nec enim partem testamenti licet repudiare et partem approbare, sed vel in totum abstinere, vel in totum approbare debet. Quocirca contra eum valet, quod scriptum est. Quaesitam hereditatem renunciando nihil agi.

Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 7 def. 19: Saepissime accidit, ut conjuges in testamento reciproco sese invicem heredes instituant, ea tamen conditione, ut post utriusque mortem bona ad heredes ex utraque parte perveniant. Hoc testamentum quoad ipsos conjuges subsistere vix ambigendum erit . . . Illud saltem dubium videtur, quomodo scilicet post utriusque conjugis mortem bona heredibus deferantur, cum post obitum primi conjugis, ejus hereditas pleno jure ad superstitem pervenerit, ut institutioni locus esse nequeat . . . Verum jure fideicommissi hoc casu primi etiam defuncti conjugis bona post mortem superstitis ad heredes deferuntur: Nimirum, conjux superstes rogatus censetur post mortem restituere hereditatem legitimis heredibus venientibus ab intestato. Quo ipso testatores per modum fideicommissi heredibus prospexisse, iisque bona sua reliquisse intelliguntur . . . Vergl. Schilter, Exerc. ad P. 40 § 42, 43.

Hier ist freilich immer nur an ein solches Fideicommiß gedacht, welches auf der dem Ueberlebenden zugefallenen Erbschaft des Erstverstorbenen lastet, also den künftigen Nachlaß des Ersteren nicht zugleich ergreift. Spätere Juristen nahmen jedoch ein auf dem beiderseitigen Vermögen der Testatoren haftendes Universalfideicommiß an.

Boehmer, Vol. II resp. 686 n. 20: Licet alias testamenta reciproca revocari possunt, secus tamen est, quum conjuges mutuo testantur ita, ut alter de suis et alterius tanquam heredis bonis disponat, neque enim tum superstes, qui defuncto successit, de futura sua hereditate aliter disponere potest, propterea quod adeundo hereditatem sibi delatam submittit legi a defuncto dictae eamque agnoscit.

Hommel, Rhaps. I obs. 166: — Si tamen defunctus v. c. maritus simul de superstitis uxoris bonis disposuerit atque ut post suam mortem ea uxor Javoleno relinquat, jusserit, valet dispositio tanquam mariti fideicommissum, unde heredes uxoris deinde mortuae haec bona Javoleno restituere coguntur —.

Berger oecon. for. Lib. II tit. 4 c. 21 nota 4: — At enim secus fuerit, cum conjuges mutuo testentur, ita, ut alter de suis et alterius, tanquam heredis, bonis disponat. Neque enim tum superstes, qui defuncto successit, de futura sua hereditate aliter disponere potest, propterea quod adeundo hereditatem, sibi delatam, se submittit legi, a defuncto dictae, eamque agnoscit, prouti Fac. Vit. respondit M. Mart. 1707.

Wernher, sel. obs. for. Tom. I P. II obs. 378. Haubold, Handb. des Sächs. Rechts § 343.

Erbvertrag; nimmt aber der Ueberlebende in Folge des gemeinschaftlichen Testaments die ihm durch den Vorverstorbenen zugewendeten Vortheile an, so ist er quasi ex contractu gebunden, nun auch die von ihm getroffenen Bestimmungen bestehen zu lassen. Wäre dies anders, dann würde das Vertrauen des Erstverstorbenen getäuscht werden. Schon nach röm. Recht muß sich der Erbe solche Verfügungen des Erblassers über sein eigenes Vermögen gefallen lassen, insoweit er deshalb honorirt worden, und jedenfalls muß man nach deutschem Recht, welches durch Anerkennung der Erbverträge mit dem röm. Grundsatze der steten Widerruflichkeit der Testamente in Conflict gerathen, annehmen, daß hier ein analoges Verhältniß wie bei Erbverträgen eintrete, was auch durch die neuere Praxis anerkannt ist. (Seuffert, Archiv VI Nr. 221.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Dresden vom Januar 1853: Gemeinschaftlich errichtete Testamente sind, soweit ihr Inhalt correspectiv, nach Analogie der Erbverträge zu beurtheilen und stehen in ihrer Wirkung den Erbverträgen gleich, zumal dann, wenn der Ueberlebende das Testament nach dem Ableben des Verstorbenen anerkannt und danach die Erbschaft angetreten hat.[1]) Nur solche, in einem gemeinschaftlichen Testamente einseitig getroffene Anordnungen, welchen nicht die Rücksicht auf den Verstorbenen und dessen Willensmeinung unterliegt, welche mithin keine vertragsmäßige Uebereinkunft zwischen den Testirenden oder keine dem Vorverstorbenen von dem Ueberlebenden ertheilte Zusage, sondern eben nur den Ausdruck der einseitigen Willensmeinung des Ueberlebenden enthalten, sind als revocabel und durch das Ableben des zum Erben eingesetzten Mittestirenden erloschen zu betrachten. Ganz richtig bemerkt daher Mühlenbruch in Glück's Com. B. 38 S. 226 f. 244, es handle sich bei der Beurtheilung gemeinschaftlich errichteter letzter Willen vornehmlich mit um eine quaestio facti, nämlich um die Ermittelung der eigentlichen Willensmeinung der Testirenden, wobei man

[1]) Daß dieser Erbschaftsantretung — nach unserem Rechte Nichtausschlagung der Erbschaft — die Testamentseröffnung vorhergehe, ist nicht nothwendig.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 21. Mai 1845: Eheleute hatten gemeinschaftlich ein Testament errichtet und sich wechselseitig zu Erben eingesetzt. Nach dem Tode des Mannes blieb die Wittwe im Besitze des Gesammtvermögens; sie unterließ es aber die Eröffnung des Testamentes zu beantragen. Nach ihrem Tode kam es unter mehreren Nachlaßprätendenten zu einem Prozesse, worin es sich zunächst um die Frage handelte, ob bei der unterlassenen Testamentseröffnung angenommen werden könne, daß die Wittwe die ihr testamentarisch deferirte Erbschaft ihres Mannes angetreten hatte. Auf Grund der l. un. § 1 und 5 C. de cad. toll. (6, 51) wurde angenommen: zum Antritt der Erbschaft aus einem Testamente sei dessen vorgängige Eröffnung nicht erforderlich; es genüge, wenn der berufene Erbe, von der Erbeinsetzung bestimmte Kenntniß habend, seinen Willen Erbe zu sein, zu erkennen gebe. (Seuffert, Archiv VII Nr. 205.)

in jedem vorkommenden Falle den Inhalt der Disposition sorgfältig ins Auge zu fassen habe.[1]) (Ebendas. IX Nr. 180.)[2])

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Wolfenbüttel vom 19. October 1854: Wiewohl das vorliegende gemeinschaftliche Testament nicht als Erbvertrag aufzufassen ist, so geht doch soviel daraus hervor, daß beide Testatoren sich gegenseitig und in solcher Weise für die Lebensdauer des Ueberlebenden den Besitz und die Herrschaft über das als eine Masse gedachte Vermögen zugewandt haben, daß der Wille des einen Testators nicht von dem andern getrennt werden kann. Es ist also hier eine correspective letztwillige Anordnung anzunehmen. Weiter ist nicht in Zweifel zu ziehen, daß die Wittwe nach ihres Ehemannes Absterben die ihr durch jene Anordnung eingeräumten Vortheile in Beziehung auf das Vermögen ihres Ehemannes wirklich sich angeeignet hat. In solchem Falle ist aber der überlebende Ehegatte nicht für befugt zu erachten, an der früheren gemeinschaftlichen Disposition etwas zu ändern; er muß solche vielmehr auch hinsichtlich seines eigenen, früher oder später erworbenen Vermögens in Kraft bestehen lassen. Dieses ist die unvermeidliche Folge der zugelassenen Testamentserrichtung von Seiten mehrerer Personen, namentlich der Ehegatten, in einem gemeinschaftlichen Akte und mit einem auf Gegenseitigkeit gerichteten Willen. Jene Zulassung, wie auch die Folge derselben beruhen auf einem unzweifelhaften deutschen Gewohnheitsrechte. (Matthiä, Controv. Lex. Th. II Abth. 2 S. 286 f.)

---

[1]) In letzterer Hinsicht wird auch in einem Erkenntnisse unseres Ob.-Trib. vom 12. April 1850 (in Sachen Wittwe Rebber und Gen. wider Ehel. Westerhoff K. 252) gesagt: Der dem Appellationsrichter in der Nichtigkeitsbeschwerde gemachte Vorwurf der Verkennung des Wesens und rechtlichen Charakters eines gemeinschaftlichen Testaments trifft hier gar nicht zu, da es nur darauf ankam, ob die factischen Bedingungen der Unwiderruflichkeit der eigenen Anordnungen nach §§ 492. 493 Tit. 1 Th. II A. L. R. vorhanden seien und der vorige Richter auf dem Wege der als nichtig nicht anzufechtenden Interpretation des vorliegenden Testaments zu der Feststellung gelangt ist, daß der erstverstorbene Ehemann seine Frau nicht in Rücksicht auf die Verfügungen zu Gunsten deren Verwandten als Erbin eingesetzt habe.

[2]) Derselbe Gerichtshof hat, wie Siebenhaar in seinem Comment. B. III S. 280 bemerkt, auch noch in ganz neuester Zeit, unter Beziehung auf zahlreiche Entscheidungen älterer und neuerer Zeit, wiederholt angenommen, daß die Frage, ob bei s. g. correspectiven letzten Willen der Ueberlebende durch die Annahme der Erbschaft des Zuerstgestorbenen zu Erfüllung der Dispositionen des correspectiven letzten Willens, auch in Beziehung auf sein eigenes Vermögen verpflichtet werde, im bejahenden Sinne zu entscheiden sei. (Annalen des O.-A.-G. zu Dresden II S. 53. 163. 166.)

Das kürzlich in Kraft getretene bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen bestimmt auch, dieser Praxis entsprechend, § 2214. „— Hat der Ueberlebende die Erbschaft des Zuerstgestorbenen aus dem gemeinschaftlichen letzten Willen angenommen, so kann er seine eigenen Verfügungen nicht widerrufen."

20. Nach diesen allgemeinen Erörterungen über die Wirkung der Erbschaftsannahme Seitens des überlebenden Ehegatten ist noch auf einige Punkte näher einzugehen.

a. Der wichtigste davon betrifft das rechtliche Verhältniß zwischen dem überlebenden Ehegatten und den gemeinschaftlich mit dem Zuerstverstorbenen von ihm ernannten Nacherben. Die Ansichten hierüber leiden meist an einer gewissen Unklarheit. Sie bringen die Natur des vorliegenden Rechtsverhältnisses und namentlich die Doppelseitigkeit desselben nicht zu klarer Anschauung.

Gewöhnlich spricht man, wie auch Mühlenbruch thut, von einem auf das, als ein Ganzes vereint gedachte Vermögen der Testatoren gelegten Universal-Fideicommisse, vermöge dessen die nachberufenen Erben — in der Regel die beiderseitigen Verwandten der Testatoren — in Ansehung des ganzen Vermögens, welches den Gegenstand des wechselseitigen Testaments bildet, die rechtliche Stellung von Fideicommissar-Erben einnehmen.[1])

Diese Auffassung ist jedoch nicht zu rechtfertigen. Sie widerstreitet dem auch nach unserem Recht geltenden Grundsatze: hereditas viventis non datur. Haben die Testatoren, wie es so häufig geschieht, sich gegenseitig als Erben ernannt und demnächst ihren gemeinsamen Willen dahin ausgesprochen, daß mit dem Tode des Längstlebenden ihr ganzes Vermögen an ihre beiderseitigen Verwandten als Erben fallen solle, so haben sie damit immer nur für ihren Todesfall eine Verfügung,

---

[1]) Buchka in der oben angeführten Abhandlung (Zeitschr. für deutsch. Recht XII. S. 211): Es sind in der Regel Ehegatten, welche correspective Testamente errichten, indem sie ihre letztwilligen Dispositionen gleichzeitig dem ganzen materiellen Inhalte nach in eine innere unzertrennliche Einheit bringen. Das Motiv dieser so eigenthümlichen Art gemeinschaftlichen Testirens ist in der ächt ehelichen und insbesondere durch das deutsche eheliche Güterrecht getragenen Anschauung zu suchen, von welcher aus Ehegatten ihr beiderseitiges ursprünglich getrenntes Vermögen als ein dem Einen wie dem Andern gehöriges einiges Sammtgut betrachten. Denn es ist in der That nur eine natürliche Consequenz dieser Anschauung; daß sie, die im Leben ihr gesammtes Vermögen als ein einheitliches zu behandeln gewohnt sind, auch bei ihren auf den Tod berechneten Bestimmungen den Gedanken dieser Einheit festhalten, und demgemäß gemeinschaftlich über das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes testiren. Stellt sich nach dem Gesagten die innere materielle Einheit als die wesentliche Eigenthümlichkeit der von Ehegatten errichteten correspectiven Testamente dar, so muß diese Einheit des Inhaltes überhaupt als das Princip bezeichnet werden, von welchem aus die Theorie der in Frage stehenden letztwilligen Dispositionen zu entwickeln ist.

also eine solche Willensordnung getroffen, die erst mit ihrem Tode in Wirksamkeit treten soll. Stirbt der eine Ehegatte, so tritt zunächst die Erbfolge nur in seinen Nachlaß ein. Der Ueberlebende überkommt denselben als zuerst gerufener Erbe, aber mit der Beschränkung, daß die Erbschaft im Augenblicke seines Todes den ernannten Nacherben als fideicommissarischen Substituten zufällt. Weiter kann sich diese fideicommissarische Substitution ihrer Natur nach nicht erstrecken, da sie ja immer eine Erbschaft, also das Vermögen eines Verstorbenen voraussetzt. Allerdings ist damit die Wirkung des gemeinschaftlichen Testamentes nicht erschöpft. Ist dasselbe im Sinne des § 492 als ein correspectives zu erachten, so folgt daraus zugleich: „daß der Ueberlebende von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen kann." Dies hat aber nur die juristische Bedeutung, daß er es in Beziehung auf seinen künftigen Nachlaß[1]) bei der gemeinsam mit dem vorverstorbenen Ehegatten getroffenen letztwilligen Bestimmung belassen muß, daß ihm also der Widerruf des eigenen Testamentes entzogen ist.[2]) Die erbrechtliche Wirkung dieser Unwiderruflichkeit tritt, gleich wie bei dem Erbvertrage, erst mit dem Augenblicke seines Todes ins Leben, und zwar in der Art, daß die an zweiter Stelle als Erben berufenen Verwandten der Testatoren nunmehr, bei dem Wegfallen des zunächst eingesetzten Ehegatten, seine unmittelbaren Erben werden. Hierin liegt die oben angedeutete Doppelseitigkeit des Verhältnisses, die auch, wie sich weiter zeigen wird, von großer praktischer Bedeutung ist.

Dieser Gesichtspunkt ist auch mehrfach von Gerichtshöfen als richtig anerkannt worden.

> Erkenntniß des O.-A.-G. zu Rostock vom 13. September 1849: Bei wechselseitigen Testamenten, in welchen die Testirenden zunächst sich gegenseitig zu Erben einsetzen und dann gemeinschaftlich bestimmen, daß das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des Ueberlebenden Dritten als Erben zufallen soll, liegt in einer solchen

[1]) Die hierin begriffene Erbschaft des Erstverstorbenen ist zu diesem Nachlasse nicht zu rechnen, da mit dem Augenblicke des Todes des Fiduciars die Erbschaft an den Fideicommissar-Erben fällt, also keinen Theil mehr des von dem Ersteren nachgelassenen Vermögens bildet.

[2]) Will man also hier von einem Fideicommiß sprechen, so kann es nur in dem Sinne geschehen, daß man sagt: dem überlebenden Ehegatten sei durch das gemeinschaftliche Testament die Beschränkung seiner Testirfreiheit als fideicommissarisches Onus auferlegt worden. Vergl. Buchka a. a. O. S. 217. Dies macht aber diejenigen Personen, zu deren Vortheil jenes onus gereichen soll, nicht zu Fideicommiß-Erben.

Anordnung in Bezug auf das Vermögen des Ueberlebenden keine fideicommissarische Erbeinsetzung, sondern eine Substitution des Dritten an der Stelle des zunächst eingesetzten directen Erben, nämlich des zuerst versterbenden Mittestirenden. (Seuffert, Archiv VII Nr. 334.)

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 9. Juli 1851:[1]) — Während in dem vorliegenden Testamente[2]) die Anordnung in Betreff der in dem „Nachlaß des Längstlebenden" einbegriffenen Nachlassenschaft des erstverstorbenen Ehegatten eine fideicommissarische Substitution in sich schließt, kann sie in Betreff des eigenen, zu hinterlassenden Vermögens des überlebenden Ehegatten nur eine unmittelbare Erbeseinsetzung, keineswegs aber eine fideicommissarische Substitution enthalten, da, so lange der überlebende Ehegatte am Leben ist, er nicht als Erbe, mithin auch nicht als Fiduciar-Erbe sein eigenes Vermögen besitzen kann. Es ist daher auch unstatthaft, die Unwiderruflichkeit der Anordnungen des überlebenden Ehegatten über seinen eigenen Nachlaß schon daraus herleiten zu wollen, daß er daran ebenfalls, als an eine fideicommissarische Substitution gebunden sei . . . (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 23 S. 193 f.)[3])

---

[1]) Schon in den Gründen des Plenarbeschlusses des Ob.-Trib. vom 3. October 1849 (Entscheid. B. 18 S. 36) wird gelegentlich gesagt: „Der Vertragserbe und der überlebende Ehegatte, der aus einem wechselseitigen Testamente, in welchem zugleich zu Gunsten der Verwandten des Erstverstorbenen Verfügung getroffen war, die Erbschaft angetreten hat, wird nach § 624 Tit. 12 Th. I in seinen Verfügungen über das eigene Vermögen unter Lebendigen nicht beschränkt; und es stehen dem Berechtigten nur die § 625 und 626 erwähnten Rechte zu. Hieraus widerlegt sich denn auch die Ansicht, daß bei Erbverträgen unter Eheleuten die Vermögensmasse der Kontrahenten als eine Gesammtmasse rechtlich betrachtet werden müsse und nur der Erststerbende als Erblasser anzusehen sei; welches letztere auch sich als begriffswidrig darstellt, da von einer Erbschaft eines noch Lebenden die Rede nicht sein kann."

[2]) In demselben hatten Ehegatten sich gegenseitig zu Erben eingesetzt und demnächst bestimmt, daß nach dem Tode des Letztlebenden ihre beiderseitigen Seitenverwandten dessen Nachlaß erben sollten.

[3]) Ebenso sagt das Ob.-Trib. in den Gründen des (eine andere erst weiter zu berührende Frage entscheidenden) Erkenntnisses vom 29. Januar 1858 (Entscheid. B. 28 S. 170 f.): Der Ansicht des Appellationsrichters, daß trotz des Vorhandenseins zweier Testatoren dennoch die Verordnungen derselben ihrem Beweggrunde und ihrer Absicht nach von einander abhängend und insofern als ein untrennbarer einiger Wille anzusehen seien, kann nicht beigetreten werden. Wäre dies der Fall, wären die Verordnungen des wechselseitigen Testaments nicht als von jedem Testator für sich, sondern von beiden als ein solcher einziger Wille gemeinschaftlich ausgesprochen zu betrachten, dann würde freilich nicht eher, als nach dem Tode beider Testatoren von einem Erbanfalle die Rede sein können. Allein dem ist nicht so; die

b. Nach dieser Auffassung bestimmen sich auch von selbst die dem überlebenden Ehegatten, den berufenen Nacherben gegenüber, unter Lebenden zustehenden Verfügungsbefugnisse. In der Eigenschaft eines Fiduciars (also rücksichtlich des von dem erstverstorbenen Ehegatten ihm überkommenen Vermögens) hat derselbe die Schranken innezuhalten, welche die Gesetze überhaupt einem solchen gezogen haben.[1]) Was aber sein übriges Vermögen, also seinen künftigen Nach-

---

beiden Testatoren sind zwei einzelne, nur durch das Band der Ehe vereinigte Personen; als solche dürfen sie ihr wechselseitiges Testament in einer Urkunde errichten (§ 483 Tit. 1 Th. II A. L. R.). Dessenungeachtet errichten sie aber zwei Testamente; jeder von ihnen spricht seinen letzten Willen in Bezug auf seinen Nachlaß ganz und für sich selbständig, als seinen Willen, wenn auch mit Rücksicht auf den ihm bekannten Willen des andern Theils aus; dieser andere Theil tritt ihm in dieser Verordnung nur bei und erklärt damit zu demselben seine Uebereinstimmung dergestalt, daß der Wille Beider nunmehr ein gemeinschaftlicher wird. So allein kann die Willenserklärung der beiden selbständigen Testatoren ausgelegt werden, und eine solche Auslegung rechtfertigt schon der Umstand, daß, da der dereinstige Nachlaß beider Ehegatten aus Theilen besteht, die dem Einen und dem Andern eigenthümlich gehören, auch jeder Testator den andern in Rücksicht der von diesem geschehenen Erbeinsetzung zum Erben seines Nachlasses ernennt, an sich doch keiner der testirenden Eheleute über den Vermögenstheil des Andern testiren, und in Betreff seines eigenen Vermögens sich selbst zum Erben einsetzen könnte ... Vergl. auch das Erk. desselben Gerichtshofes vom 12. September 1862 (Striethorst, Archiv B. 45 S. 333) und vom 23. Mai 1864 (ebendas. B. 54 S. 202, 203).

Auch Hartmann a. a. O. S. 169 f. ist der Ansicht, „daß die weitverbreitete Auffassung der Gesammtdisposition als eines dem Vorverstorbenen angehörenden Fideicommisses, welches den ganzen Nachlaß des Ueberlebenden umfasse, durchaus verworfen werden muß, daß sich vielmehr der erklärte Wille der Testatoren im normalen Falle nur dann völlig zur Ausführung bringen läßt, wenn man auf der Seite des Ueberlebenden eine Erbeinsetzung zweiten Grades als vorhanden ansieht. Daneben ist dann allerdings auch ein gewöhnliches Universalfideicommiß des Vorverstorbenen zu statuiren, da es ganz gewiß dessen Absicht widerstreitet, daß auch sein Vermögen den Substituten verloren gehen solle, wenn der Ueberlebende etwa noch Notherben bekomme, oder beliebige Dritte in einem neuen Testamente berufe."

[1]) S. oben S. 82 f. — Auch wenn im Testamente dem überlebenden Ehegatten ausdrücklich das Recht eingeräumt worden sein sollte, über den Nachlaß des Vorverstorbenen nach Gefallen zu disponiren, so ist doch, wenn die Correspectivität des gemeinschaftlichen Testamentes feststeht, jene Dispositionsbefugniß nur auf Verfügungen unter Lebenden, nicht auf solche von Todeswegen zu beziehen. Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 24. December 1840. (Seuffert, Archiv I Nr. 93.)

laß[1]) betrifft, so kann die im Falle des § 492 eintretende Unwiderruflichkeit seiner letztwilligen Verordnung unmöglich eine größere Wirkung haben als diejenige, welche durch einen Erbvertrag von vornherein begründet wird. Es müssen daher auch hier die Bestimmungen der §§ 624—626 Tit. 12 Th. I A. L. R. zur Anwendung kommen.[2])

Erkenntniß des A.-G. zu Hamm vom 17. Januar 1856 (in Sachen Spennemann wider Keßler u. Gen. S. 1113): Im Allgemeinen muß man sich gewiß für die Annahme entscheiden, daß bei wechselseitigen Testamenten der überlebende Ehegatte, auch wenn er an sein eigenes Testament unwiderruflich gebunden bleibt, dennoch die Verfügung unter Lebendigen über sein Vermögen nicht verliert, da selbst durch Erbverträge die Befugniß der Contrahenten, über ihr Vermögen unter Lebenden zu verfügen, in der Regel nicht eingeschränkt wird.

Andererseits tritt aber auch hier, wenn es sich um die Zuwendung einzelner bestimmter Sachen handelt, dieselbe Beschränkung ein, welche in Betreff des Vermächtnißvertrages anzunehmen ist.[3])

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 8. December 1858 (in Sachen H. Schübbe wider Fr. Burmann S. 1349): — In Folge des gemeinschaftlichen Testamentes der Eheleute Sch.[4]) ist die überlebende Wittwe als heres fiduciaria ihres Mannes Eigenthümerin des Nachlasses desselben, d. h. der einen Hälfte des Ehevermögens geworden und war als Wittwe Eigenthümerin der anderen Hälfte. Sie war daher einzige und volle Eigenthümerin des ganzen gemeinschaftlich gewesenen Vermögens und damit auch aller dazu gehörigen einzelnen Sachen. An und für sich war sie also zur Veräußerung dieser Sachen und darunter auch des fraglichen Gartens legitimirt. Dieser war aber in dem Testamente auf den Todesfall des Letztlebenden dem Kläger vermacht worden. Es ist nun zunächst, was die zum Nachlasse des Mannes gehörige Hälfte betrifft, schon nach den Grundsätzen von fideicommissarischen Substitutionen unzweifelhaft, daß an dieser Hälfte der Kläger einen unwiderruflichen Titel zum Eigenthum, nämlich das persönliche Recht gegen die Wittwe Sch. als heres fiduciaria, daß bei ihrem Ableben das Eigenthum an dieser Hälfte ihm als fideicommissarischen Substituten vermöge des angeordneten Vermächtnisses herausgegeben

[1]) Vergl. oben S. 487 Note 1.

[2]) S. oben S. 348 ff. Vergl. auch Mühlenbruch B. 38 S. 243 f.

[3]) S. oben S. 351 f.

[4]) Die Testatoren hatten sich darin wechselseitig zu Erben eingesetzt und auf den Todesfall des Längstlebenden unter Andern bestimmt, daß ein zu ihrem gemeinschaftlichen Vermögen gehöriger Garten einem Seitenverwandten des Mannes zufallen solle.

werde. Was die andere, der Wittwe Sch. als Wittwe zustehende Hälfte des Gartens betrifft, so würde die Anwendbarkeit des § 492 Tit. 1 Th. II A. L. R. ihr nicht entgegengestanden haben, über die ihr als Wittwe verbliebene Hälfte an den gemeinschaftlichen Sachen unter Lebenden Veräußerungsverträge zu schließen. Aber da der gedachte Garten in dem Testamente einem Verwandten ihres verstorbenen Gatten als Speziallegat vermacht worden war, so hatte sie durch den Antritt der Erbschaft ihres Ehemannes die Verpflichtung überkommen, auch ihre eigene Hälfte am Garten diesem Verwandten ihres Ehemannes zu conserviren, weil dies Legat ihrer eigenen Sache zu denjenigen Verfügungen gehörte, mit Rücksicht auf welche ihr Mann sie zu seiner Erbin eingesetzt hatte . . .

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 4. October 1861: Es handelt sich hier nicht um zwei verschiedene Vermögens- und Nachlaßmassen, sondern um die Ausführung der Bestimmung beider Eheleute K. im § 3 ihres Testaments: „Unsern gesammten beweglichen Nachlaß erhalten unsere neun Kinder zu gleichen Theilen." Den Kindern ist also die universitas rerum, und zwar nach der Feststellung des vorigen Richters, mit der Clausel der Unabänderlichkeit Seitens der Ehefrau K. von beiden Testatoren zugewendet. Wenn nun gleich überhaupt die, allerdings keineswegs übereinstimmenden Ansichten der gemeinrechtlichen Juristen über die Natur und Wirkung der correspectiven Testamente auf einer Vereinigung der römisch-rechtlichen Grundsätze von den Testamenten mit den Grundsätzen des deutschen Rechts von den Erbverträgen beruhen, und es nicht statthaft erscheint, die Grundsätze der letzteren unbedingt auf dieselben anzuwenden, so kann doch jener Disposition keine andere rechtliche Wirkung beigelegt werden, als daß die gedachten Gegenstände nach dem Tode des Letztlebenden in einer ungetheilten Masse auf die neun Kinder übergehen sollten, wenngleich die Kinder mit dem Tode des Vaters bereits als seine Erben Eigenthum an seinem Nachlaß erwarben. Dieser Anordnung hat sich die Ehefrau K. durch die Annahme des ihr zugewendeten Nießbrauchs unterworfen. Sie konnte also dieselbe durch Veräußerungen ebensowenig vereiteln, wie dies bei einer vertragsmäßigen Zuwendung eines bestimmten Gegenstandes an die Kinder statthaft sein würde. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 46 S. 93 f.)[1])

---

[1]) Nach gemeinem Rechte wird sogar in einem solchen Falle die Verpflichtung des überlebenden Ehegatten zur Sicherstellung der Legatarien angenommen.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel vom 4. Juni 1834: Ein correspectives Testament erhält durch die Antretung der Erbschaft von Seiten des überlebenden Ehegatten die Wirkung eines Erbvertrages, so daß der überlebende Mitdisponent auch die seinen Nachlaß betreffenden Bestimmungen nicht widerrufen oder abändern kann. In Gemäßheit dieses Rechtssatzes kommt den in diesen Bestimmungen durch Vermachung gewisser Grundstücke Honorirten die Befugniß zu, zur Sicherung ihrer zufolge der Erbschaftsantretung

Die durch die Correspectivität des gemeinschaftlichen Testaments herbeigeführten Dispositionsbeschränkungen des überlebenden Ehegatten fallen natürlich weg, wenn diejenigen Personen, zu deren Gunsten sie gereichen, noch vor dem Ueberlebenden mit Tode abgehen.

Präjudiz unseres Ob.-Trib. Nr. 2463 vom 1. Juli 1853: Die in einem wechselseitigen Testamente zu Gunsten der gemeinschaftlichen Kinder in Beziehung auf den künftigen Nachlaß des überlebenden Ehegatten getroffenen Verfügungen beschränken den Ueberlebenden, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angetreten hat, hinsichtlich der letztwilligen Disposition über seinen eigenen Nachlaß in dem Falle nicht, wenn die gemeinschaftlichen Kinder ohne Hinterlassung von Descendenten vor dem Ueberlebenden verstorben sind. Die sonstigen Erben der Kinder können eine solche letztwillige Disposition nur dann anfechten, wenn der Inhalt des Testamentes deutlich entnehmen läßt, daß der Erstverstorbene auch solchen entfernten Verwandten resp. Erben der Kinder den Nachlaß hat zugewendet wissen wollen. (Entscheid. B. 26 S. 58 f.)

Dies tritt aber nicht ein, wenn nur einige der gemeinschaftlich ernannten Nacherben den Erbanfall nicht erleben.

Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 22. April 1864: Der überlebende Ehegatte, welcher die Erbschaft aus dem wechselseitigen correspectiven Testamente angetreten hat, ist nicht befugt, über die Erbtheile solcher einzelnen von mehreren gemeinschaftlich ernannten Miterben, welche vor dem erstverstorbenen Ehegatten mit Tode abgegangen sind und also den Erbanfall nicht erlebt haben, anderweitig letztwillig zu verfügen. Da der Zuwachs nicht ausdrücklich verboten war, so wuchs der erledigte Erbtheil in Ermangelung eines Substituten den übrigen Erben zu. Mit dem Tode des Ehemannes hatten also die übrigen Erben jedenfalls als fideicommissarische Substituten rücksichtlich seines Nachlasses Anspruch auf diese Erbtheile erworben. Wenn nun der überlebende Ehegatte nach § 492. II. 1 A. L. R. von seinen eigenen Verordnungen nicht wieder abgehen darf, so ist ihm auch die Befugniß über die erledigten Erbtheile anderweitig zu verfügen, abzusprechen. (Entsch. B. 51 S. 236 f.)

c. Wie nun nach den obigen Erörterungen die durch die Correspectivität des Testamentes gebotene Unwiderruflichkeit der eigenen letztwilligen Verordnung des überlebenden Ehegatten erst mit dem Augenblicke des Todes desselben in ihrer erbrechtlichen Wirkung hervortritt,

---

bereits erworbenen Rechte eine Dispositionsbeschränkung hinsichtlich der vermachten Grundstücke in das öffentliche Hypothekenbuch eintragen zu lassen. (Seuffert, Archiv I Nr. 94.)

so muß sich andererseits diese Wirkung nothwendig auf den gesammten Nachlaß des Letztverstorbenen, also auch auf dasjenige Vermögen erstrecken, welches derselbe erst nach dem Tode seines Ehegatten erworben hat.[1])

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin (aus dem Jahre 1833 oder 1834): — Mit dem fraglichen Ausdrucke des wechselseitigen Testaments „von dem gesammten gemeinschaftlichen Vermögen“[2])

---

[1]) Glück Com. B. 35 S. 73 f.: In Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung, ist unter dem (in einem correspectiven Testamente) zum Fideicommiß gemachten Vermögen nur dasjenige zu verstehen, was der Letztlebende hinterläßt . . . Da jedoch nun beider Vermögen rechtlich als ein Ganzes, als eine universitas juris zu betrachten ist, quae et accessionem et decessionem in se recipit (l. 178 § 1 D. de V. S.), so schließt das Fideicommiß ohne Zweifel auch den künftigen Erwerb ein.

Mühlenbruch B. 38 S. 226 Note 88 bemerkt dazu: In den Gerichten wird freilich nicht selten behauptet, daß in der Regel auf die Todeszeit des Erstverstorbenen gesehen werden müsse; indessen den dafür angeführten Gründen sieht man es bald an, daß sie lediglich der Rücksicht auf individuelle Vortheile oder Nachtheile ihre Entstehung verdanken. Wenn z. B. Mann und Frau in einem reciproken Testamente ihre beiderseitigen Intestaterben zu endlichen Erben ihres Nachlasses einsetzen, und der Frau als dem überlebenden Theile bedeutende Erbschaften oder Vermächtnisse anfallen, so werden deren Erben es gewöhnlich für unbillig erklären, daß sie mit den Erben des Mannes den Gesammtnachlaß gleichmäßig theilen sollen. Aber was man von dergleichen Billigkeitsgründen zu halten habe, ergibt sich am leichtesten, wenn man die Sache umkehrt; z. B. annimmt, daß durch Unglücksfälle, oder Schuld der Frau das Vermögen sich nach dem Tode des Mannes bedeutend vermindert habe. „Cum ambo testarentur, incertum, quis primum moreretur, incertum forte, utri major successionis spes affulgeret, et propter illam incertitudinem aequius melius visum est, jure reciprocationis ad usque mortem superstitis omnia invicem communicatum iri,“ heißt es bei Bynkershoek, (Quaest. jur. priv. L. III c. 10), wo sich auch mehrere lehrreiche Rechtsfälle angeführt finden.

In Beziehung auf das Sächsische Recht spricht sich Siebenhaar (Com. III. S. 280) dahin aus: Nimmt der Ueberlebende die Erbschaft des Zuerstgestorbenen an, so ist es so zu betrachten, als ob derselbe aus einem mit dem letzteren geschlossenen Erbvertrag succedirt wäre und in Beziehung auf sein eigenes Vermögen, sowohl das gegenwärtige, als das zukünftige, zu Gunsten Derjenigen, welchen das gemeinschaftliche Vermögen der mehreren Erblasser nach dem Tode des zuletztsterbenden zufallen soll, einen Erbvertrag geschlossen hätte.

[2]) Die Testatoren hatten bestimmt, daß der von ihnen Beiden zuletzt Lebende in dem ruhigen Besitz des gesammten gemeinschaftlichen Vermögens bleiben, ihre Descendenten aber sich mit dem begnügen sollten, was nach dem

ist nicht der eingeschränktere Sinn eines Vermögens, welches die Eheleute damals, und bis an den Tod des Erstversterbenden gleichzeitig besessen, sondern nach dem Zusammenhange der ganzen Stelle der weitere Sinn eines beiderseitigen, auch die zukünftigen Erwerbungen des Ueberlebenden bis an dessen Tod in sich schließenden, und eine gemeinsame Masse darstellenden, und deshalb als gemeinschaftlich bezeichneten Vermögens, zu verbinden. Denn von einem während der Ehe gemeinschaftlich gewesenen Vermögen konnte nicht die Rede sein, da eine provinzielle Gemeinschaft der Güter nicht existirte; es sollte vielmehr das Verhältniß auch für die Folgezeit bis zum Ableben des Ueberlebenden bestimmt, und den Descendenten die Erbfolge überhaupt in den künftigen Nachlaß des Ueberlebenden zugesichert werden. Darauf deutet schon die Einsetzung der Descendenten zu Universalerben hin, die also im natürlichen Wortverstande den ganzen künftigen Nachlaß in sich fassen muß; darauf deutet ferner die Bestimmung, daß der Ueberlebende im ruhigen Besitz und Genuß des gesammten gemeinschaftlichen Vermögens ohne einige Sicherstellung wegen des, bei seinem Ableben nachzulassenden Vermögens bleiben solle, und daß die Descendenten sich mit dem begnügen sollten, was bei dem Ableben des Letztlebenden von dem gemeinschaftlichen Vermögen vorhanden sein würde. — Wäre es die Meinung der Testatoren gewesen, die dem Ueberlebenden künftig noch zufallenden neuen Vermögenserwerbungen von der Disposition auszuschließen, so hätten sie dieses ausdrücklich erklären müssen, und da sie dies nicht gethan haben, so kann man nur sagen, daß — sie an den Fall künftiger neuer Vermögenszuwüchse nicht besonders dachten —; allein daraus folgt nur —, daß dies künftige Vermögen nicht ausgeschlossen ist, weil sonst das sehr unklare Resultat hervorgehen würde, daß es über einen Theil des künftigen Nachlasses an einer Disposition fehlte und die Nothwendigkeit begründet wäre, nach dem Tode des Letztlebenden — wenn es diesem gefiele, über jenen Theil des Nachlasses anderweit zu verfügen — eine Ermittelung zu veranstalten, was von dem sogenannten gemeinschaftlichen Vermögen noch vorhanden und was später erworben sei. Eine solche Unterscheidung ist dem wechselseitigen Testamente fremd. (Jurist. Wochenschrift Jahrg. 1835 S. 436 ff.)

d. Mit dem oben aufgestellten Gesichtspunkte hängt auch die Beantwortung der Frage zusammen:

nach welchem Zeitpunkte sich der Erbschaftsanfall an die berufenen Nacherben bestimmt.

Tode des Letztlebenden von ihnen alsdann noch von dem gemeinschaftlichen Vermögen vorhanden sein würde.

Hält man das Prinzip fest, daß bei einem correspectiven Testamente, welches zugleich für den Todesfall des Längstlebenden Bestimmungen trifft, eine zwiefache Beerbung stattfindet, weil ein zwiefacher Nachlaß vorliegt, so ist jene Frage von selbst entschieden. Mit dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten fällt dessen Nachlaß an den Ueberlebenden als Fiduciarerben und an die an zweiter Stelle berufenen Verwandten als Fideicommißerben. Es kommen daher insoweit die gewöhnlichen Grundsätze zur Anwendung, die überhaupt für die fideicommissarische Substitution gelten.[1]) Sind die Verwandten ohne individuelle Bezeichnung als Nacherben ernannt, so ist auch hier die im § 522 Tit. 12 Th. I enthaltene Auslegungsregel maßgebend.[2]) Mit dem Tode des Längstlebenden der Ehegatten tritt der zweite Erbanfall ein, welcher das von diesem (nach Ausscheidung der Fideicommißerbschaft) hinterlassene eigene Vermögen zum Gegenstande hat. Die Erbfolge in Betreff dieses Theils des Gesammtvermögens, worüber sich das gemeinschaftliche Testament verhält, entscheidet sich daher mit dem Momente des Todes des Längstlebenden.

Dieser Gesichtspunkt, der alle Schwierigkeiten in einfachster Weise löst, wird freilich meist verkannt. Es machen sich in der Theorie wie in der Praxis Ansichten geltend, die in ganz entgegengesetzten Richtungen davon abweichen.

So stellt unser Ober-Tribunal in einem Erkenntnisse vom 9. Mai 1857[3]) den Satz auf:

> Wo die factischen Voraussetzungen der §§ 492. 493 Tit. 1 Th. II A. L. R. vorliegen, ist den Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten mit dem Antritt der Erbschaft seitens des überlebenden

[1]) S. oben S. 82 ff. S. 97 ff.

[2]) S. oben S. 178 f.

Das Sächs. bürgerl. G.-B. sieht dagegen den Zeitpunkt des Todes des Zuletztsterbenden als entscheidend an, indem es bestimmt § 2202. „Sind in einem gemeinschaftlichen letzten Willen die Verwandten eines Erblassers auf den Todesfall des Zuletztsterbenden, ohne eine nähere Bezeichnung, bedacht, so sind darunter die Verwandten zu verstehen, welche zur Todeszeit des Zuletztsterbenden zur gesetzlichen Erbfolge berechtigt sind."

(§ 2188. „Hat der Erblasser seine Verwandten oder gesetzlichen Erben, ohne nähere Bezeichnung derselben, zu Nacherben ernannt, so sind darunter die Personen zu verstehen, welche zu der Zeit, wo die Nacherbeinsetzung eintritt, seine nächsten gesetzlichen Erben sind.")

[3]) Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 36 S. 62 f.

Ehegatten der gesammte Nachlaß beider Ehegatten dergestalt deferirt, daß sie ihn verkaufen können.[1])

In den Gründen wird ausgeführt:

Allerdings sind zunächst die Fragen:

ob ein eigentlich correspectives Testament vorliege?

welches Vermögen bei der in einer solchen letztwilligen Disposition, neben der directen Erbeseinsetzung des längstlebenden Ehegatten, zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnung, die Testatoren als eigentlichen Gegenstand dieser letzteren bestimmt haben?

zu welcher Zeit der Anfall an die so bedachten Dritten eintreten solle?

und ob und in wie weit sie das diesen Dritten zugedachte Recht an deren Person gebunden haben?

factische Fragen, bei welchen es auf Auslegung des wechselseitigen Testaments ankommt. Wo aber nach dem Resultate, was diese gewährt, die Voraussetzungen der §§ 492. 493 Th. II Tit. 1 des A. L. R. vorliegen, also sich ergibt, daß die Erbeseinsetzung des längstlebenden Ehegatten durch den erstverstorbenen, mit Rücksicht auf die von ihm und von dem überlebenden Ehegatten zu Gunsten Dritter getroffenen Anordnungen geschehen sei; daß der Ehemann die Verwandten der Ehefrau nicht bedacht haben würde, wenn diese nicht auch die seinigen berücksichtigt hätte, und umgekehrt eine gleiche Rücksicht obgewaltet habe; wo ferner die Zuwendung nicht als an die Person der Bedachten, individuell, oder doch als beim Ableben des erstversterbenden Ehegatten vorhanden bezeichneten Verwandten des letzteren, gebunden erachtet werden muß, vielmehr als eigentlicher Gegenstand der Zuwendung an die als Nacherben bedachten Verwandten der Testatoren das beiderseitige, in der Hand des längstlebenden Ehegatten vereinigte, bei dem Tode des letzteren noch vorhandene und dann in zwei gleiche, resp. den Verwandten des erstverstorbenen und denen des letztverstorbenen Ehegatten zugedachte

---

[1]) In einem früheren Erkenntnisse vom 1. October 1838 (Koch, Schles. Archiv III S. 573 f.) hat derselbe Gerichtshof nur den (allerdings unklar gefaßten) Satz behauptet:

> Wenn in einem wechselseitigen Testamente der überlebende Ehegatte zum Erben des erstversterbenden eingesetzt wird, und gegenseitig auf den Fall, daß er zuletzt verstirbt, zugleich seine eigenen Erben ernennt, er auch die Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente antritt, so erwerben die von ihm eingesetzten Erben dadurch, daß sie den Tod des Zuerstversterbenden erleben, schon ein Recht auf den künftigen Nachlaß des Zuerstversterbenden, das von ihnen, ohne Rücksicht darauf, ob sie selbst den Tod des Letzteren erleben oder nicht, als ein zu ihrem Vermögen gehöriges Recht weiter vererbt wird.

Theile, nicht aber nach dem Ursprunge desselben, je nachdem es während des Lebens beider Ehegatten dem Manne oder der Frau gehörte, zu zerlegende Vermögen anzunehmen ist; da hat auch, wenn einmal der längstlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testamente angenommen hat, der so bedachte Dritte, welcher ein Verwandter des erstverstorbenen Ehegatten ist, nicht bloß schon durch den Tod des erstversterbenden Ehegatten auf dessen Nachlaß (als fideicommissarischer Substitut), sondern durch jenen Tod, in Verbindung mit der Annahme der Erbschaft aus dem Testamente Seitens des längstlebenden Ehegatten, auf die aus der dereinstigen Verlassenschaft dieses letzteren ihm zugedachte Quote ein Recht, ein Vermögensrecht erworben, welches vererblich (transmissibel) ist, und demzufolge auch Anderen abgetreten, namentlich — da es eine Erbschaft zum Gegenstande hat, durch Erbschaftskauf an Andere übertragen werden kann.

Deferirt (angefallen) ist dann dem in dem wechselseitigen Testamente bedachten Verwandten des erstverstorbenen Ehegatten eine, wenn auch durch die Rechte des überlebenden Ehegatten beschränkte Erbschaft, schon durch den Tod des erstverstorbenen; er ist substituirter Erbe geworden; nur die Erwerbung (des Eigenthums) der Erbschaft, nicht das Erbrecht selbst, ist bis zum Tode des längstlebenden Ehegatten suspendirt. Verbunden ist hiermit das Recht auf die dereinstige Verlassenschaft des längstlebenden Ehegatten, welcher die Erbschaft aus dem Testamente angenommen hat. Ueber das angefallene Erbschaftsrecht und über dieses damit verbundene Recht, ist jener als über ein zu seinem Vermögen gehöriges Recht durch Vertrag oder letzten Willen zu disponiren befugt.[1])

[1]) Derselben Ansicht ist Bornemann VI S. 136 f. Er betrachtet jeden Ehegatten in Bezug auf die gesammte Vermögensmasse als Testator und eben deswegen denjenigen, welcher zuerst stirbt, als Erblasser dieser Masse. „Der überlebende Ehegatte besitzt nun — so geht seine Deduction weiter — den ihm nachgesetzten Erben und ernannten Legatarien gegenüber, auch sein in der Gesammtmasse steckendes eigenes Vermögen nicht mehr als solches, sondern als integrirenden Theil jener Masse, mithin als Erbe des Erstverstorbenen. Den nachgesetzten Erben und ernannten Legatarien aber fällt aus demselben Grunde das Fideicommiß oder Vermächtniß sogleich mit dem Tode des zuerstverstorbenen Ehegatten, zum Behuf der Transmission, an, wenngleich die Ausantwortung erst nach dem Tode des überlebenden Ehegatten gefordert werden kann." Er fügt jedoch diesem Satze die Beschränkung bei, daß er nur dann unbedingt gelte, wenn die dem Ueberlebenden substituirten Erben und die gemeinschaftlich ernannten Legatarien individuell bezeichnet sind. „Lautet das wechselseitige Testament, wie nicht selten der Fall ist, dagegen dahin, daß nach dem Ableben beider testirenden Ehegatten der eine Theil des gemeinschaftlichen Vermögens an die nächsten Verwandten oder Erben des Erstverstorbenen, der andere Theil an die nächsten Verwandten oder Erben des Letztlebenden fallen solle, so muß man annehmen, daß

Diese Ausführungen, die schon an sich ganz ungenügend sind, scheitern an dem (schon oben zu a angeführten) unbestreitbaren Rechtssatze, daß Niemand bei lebendigem Leibe beerbt werden kann, daß jeder Erbfall einen Erblasser voraussetzt, ein solcher aber nur ein Gestorbener oder doch für todt Erklärter sein kann. Der überlebende Ehegatte, so lange er sich noch am Leben befindet, hat noch keine Erben. Die von ihm, wenngleich in Folge seines Erbschaftsantrittes aus dem gemeinschaftlichen Testamente auf unwiderrufliche Weise, zu Erben ernannten Personen sind seine Erben noch nicht, sie sollen es erst werden. Daß jede Willensänderung seinerseits ausgeschlossen ist, macht sie so wenig schon jetzt zu Erben, wie Derjenige, der mit einem Andern einen Erbvertrag über dessen künftigen Nachlaß schließt, schon dadurch ein Erbrecht — also ein übertragbares Vermögensrecht — erwerben kann. Es ist daher geradezu unbegreiflich, wie unser höchster Gerichtshof dem von ihm selbst aus der Lehre von den Erbverträgen entnommenen Satze gegenüber, daß die durch Erbeinsetzungsvertrag begründeten Rechte nicht auf die Erben des vor dem Vertragserblasser gestorbenen Erben übergehen,[1]) bei einem Institute, das doch nur einen erbvertragsähnlichen Charakter hat, und daher keinenfalls größere Wirkungen als der Erbvertrag zu erzeugen vermag, einen Satz, wie den obigen, behaupten kann.

Der gerade dem entgegengesetzten Extreme zugewendeten Ansicht gemeinrechtlicher Juristen läßt sich wenigstens die Consequenz nicht abstreiten. Dieselbe geht dahin, daß die Erbfolge rücksichtlich der an zweiter Stelle als Erben berufenen Verwandten der Testatoren auch in Beziehung auf den Erstverstorbenen erst mit dem Augenblicke des Todes des Längstlebenden in Wirksamkeit trete und sich daher in Ansehung beider Ehegatten gemeinsam nach dem letzteren Zeitpunkte entscheide. Der Grund dieser Anschauung beruht in der schon oben erwähnten Annahme eines das beiderseitige Vermögen der Testatoren als ein Ganzes ergreifenden Universalfideicommisses.[2]) Dieselbe steht und fällt also mit dieser Fideicommiß-Theorie.

---

nur für jene Seite der Verwandten der Tod des Erstverstorbenen, für diese Seite der Verwandten dagegen der Tod des Letztlebenden entscheidend sein solle, mithin nur diejenigen Verwandten des letzteren, welche an dessen Todestage seine nächsten Erben sind, zur Succession berufen werden."

[1]) S. oben S. 367.

[2]) So lehrt Glück, Com. B. 35 S. 74 f.: Wenn nun die Frage entsteht, welche die nächsten Verwandten eines jeden der beiden Testatoren sind, an

Erkenntniß des O.-A.-G. zu München vom 10. Februar 1849: Das angefochtene Erkenntniß hat die Frage: ob bei einem correspectiven Testamente zweier Ehegatten, nach welchem der überlebende Ehegatte des Vorverstorbenen einziger Erbe seyn, nach seinem Tode aber das beiderseitige Vermögen nach zwei Hälften auf die beiderseitigen nächsten Verwandten fallen solle, schon die Zeit des Absterbens des Vorverstorbenen oder erst die Zeit des Absterbens des Ueberlebenden als die Epoche anzusehen sey, zu welcher den nächsten Verwandten des Vorverstorbenen fideicommissarische Erbansprüche erwachsen, welche sie als solche auf ihre Erben transmittiren? — dahin entschieden, daß vor dem Absterben des überlebenden Ehegatten ein solcher fideicommissarischer Erbschaftsanspruch für die Verwandten des Vorverstorbenen nicht begründet werde.

Durch diesen Ausspruch erachtet sich der Revident für beschwert, jedoch mit Unrecht.

Er hat selbst anerkannt, daß die Ehefrau M. die Fiduciarerbin ihres Mannes wurde, „und zwar in der Art, daß die fideicommissarischen Erben die Restitution der Erbschaft erst nach dem Tode der Fiduciar-Erbin verlangen dürfen," und das Gesetz

fr. 1. de condit. et demonst. (35, 1); fr. 79. § 1 eod.; fr. 4. pr. quando dies legatorum (36, 2); fr. 13. in fine eod.; fr. 12 de legatis II. (31)

erklärt auf das bestimmteste, daß in einem solchen Falle jeder Anspruch des Fideicommissar-Erben auf das Fideicommiß von der Bedingung abhängig sey, daß der Fideicommissar-Erbe den Fiduciar-Erben überlebe; es konnte das angefochtene Erkenntniß demnach schon aus diesem Grunde, wie es gethan, erkennen.

In einem Falle, wie der vorliegende, bringen es aber auch schon die gegebenen Verhältnisse mit sich, daß ein Anspruch auf das Fideicommiß erst nach dem Tode des Ueberlebenden möglich ist, da erst nach dessen Eintritt Fideicommiß-Erben und eine Fideicommiß-Erbschaft existiren; ersteres, weil zur Zeit des Ablebens des Vorverstorbenen, der als Testator in Hinsicht auf die beiderseitigen Verwandten anzusehen ist . . . . . .
. . . . . . nur Fideicommiß-Erben von der Linie des Verstorbenen, keineswegs aber auch Fideicommiß-Erben von der Linie des noch

---

welche das Vermögen nach dem Tode des Letztlebenden fallen soll, so muß auf den Zeitpunkt des Todes des Letztlebenden gesehen werden. Denn das Fideicommiß ist ein bedingtes, weil es auf den Todesfall des Letztlebenden verordnet ist, die Zeit des Todes aber wird in den Gesetzen für eine ungewisse Zeit gehalten. Ehe also dieser Todesfall eintritt, kann die fideicommissarische Erbschaft weder deferirt noch transmittirt werden. Sie wird also nur denen deferirt, welche zur Zeit des Todes des Letztlebenden noch am Leben und die nächsten Verwandten der Testirer sind.

Vergl. auch Geiger und Glück, Merkwürd. Rechtsfälle rc. B. 1 S. 135 f.

lebenden anderen Ehegatten überhaupt denkbar sind, und, wie das angefochtene Erkenntniß mit Recht hervorgehoben hat, die Erbschaftseröffnung erst dann eintreten kann, wenn sie für alle gleichzeitig berufenen Erben möglich ist; — letzteres, weil nicht das Vermögen, welches der Vorverstorbene bei seinem Absterben hinterläßt, sondern das Universalvermögen des Vorverstorbenen und des Ueberlebenden, wie dieser letztere es dereinst hinterlassen wird, die Fideicommißerbschaft bildet, auf deren Hälfte die Verwandten des Vorverstorbenen daher auch nicht eher irgendwie Rechte erwerben können, als sie sich eröffnen kann — eine Periode, die um so augenfälliger erst mit dem Augenblicke des Absterbens des überlebenden Ehegatten eintritt, als das ganze Fideicommiß nur dadurch ins Leben tritt, daß der überlebende Ehegatte Erbe des Vorverstorbenen und dadurch verpflichtet wird, nach seinem Tode sowohl das ererbte Vermögen als das eigene zu zwei gleichen Theilen den beiderseitigen Verwandten zu hinterlassen.

Alles dieses sagt denn auch das vorliegende Testament mit ausdrücklichen Worten, indem es in ihm heißt: daß erst „nach dem Tode beider Ehegatten das gemeinsame Vermögen zur Hälfte den Erben des Mannes und zur Hälfte den Erben der Frau anfallen soll." (Seuffert, Archiv X Nr. 275.[1])

e. Häufig enthalten gemeinschaftliche Testamente der Ehegatten Vermächtnißverordnungen zu Gunsten ihrer beiderseitigen Verwandten. Auch hier wiederholt sich die Frage nach dem Zeitpunkte des Anfalles. Natürlich entscheidet hierüber vor Allem der aus dem Inhalte und der Fassung der letztwilligen Verordnung erkennbare Wille der Testatoren.[2]) Ist aber hierin für die Willensauslegung kein Anhalt zu finden, so kann allein der bisher entwickelte Gesichtspunkt, daß wir es, trotz des gemeinsamen Ausdruckes des letzten Willens, nicht mit einer einheit-

---

[1]) Vergl. das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 3. März 1841 (ebendas. VIII Nr. 150).

[2]) Einen solchen Fall behandelt das Erkenntniß unseres Ober-Tribunals vom 29. Januar 1858 (Entscheid. B. 28 S. 170 f.). In einem gemeinschaftlichen Testamente, worin Ehegatten sich gegenseitig zu Erben ernannt, hatte der Ehemann die einseitige Verfügung getroffen, daß ein ihm gehöriger Garten nach dem Tode seiner Frau einem Dritten übereignet werden solle. Letzterer hatte den Ehemann überlebt, war jedoch noch vor Eintritt des Substitutionsfalles gestorben. Der höchste Gerichtshof hat mit vollem Recht, unter Verwerfung der entgegengesetzten Ansicht des Appellationsrichters, angenommen, daß das Vermächtniß bereits mit dem Tode des Ehemannes vollständig an den Legatar angefallen und daher auf seine Erben transmittirt sei. Der Ehemann war hier der alleinige Vermächtnißgeber. Das Legat lastete daher seinem ganzen Umfange nach auf dem von ihm hinterlassenen Vermögen.

lichen als ein Ganzes anzusehenden Verfügung, sondern mit einer von zwei Erblassern auf den besonderen Nachlaß eines Jeden gerichteten Willensordnung zu thun haben, zur richtigen Entscheidung führen. Es wird daher im Zweifel anzunehmen sein, daß die ausgesetzten Vermächtnisse eine auf den beiderseitigen Nachlaß gelegte Erbschaftslast bilden, so daß sie zur Hälfte mit dem Tode des Erstversterbenden, zur anderen Hälfte mit dem Tode des Längstlebenden den Bedachten anfallen,[1]) vorausgesetzt, daß nicht jeder der Testatoren bloß seine eigenen Verwandten habe bedenken wollen.

f. Schon oben (S. 485 Note 1) ist darauf hingewiesen, daß die Frage, ob ein Testament als ein correspectives anzusehen, eine thatsächliche sei, die im Wege der Willensauslegung entschieden werden müsse. Das Gesetz kommt uns hierbei durch die im § 493 aufgestellte Rechtsvermuthung, die als solche jedoch den Gegenbeweis nicht ausschließt, zu Hülfe.

Hiernach müssen wir also, im Gegensatze zu dem im § 493 vorgesehenen Falle annehmen, daß Verordnungen des einen Ehegatten zu Gunsten solcher Personen, welche nur mit ihm, nicht auch mit seinem Ehegenossen, in einem Verwandschafts- oder Freundschaftsverhältnisse stehen, zu den im § 492 vorausgesetzten nicht gehören und daher seinem freiem Widerrufe jederzeit unterliegen.

---

[1]) Von einem andern Gesichtspunkte geht Göschel aus in seiner Abhandlung „Ueber den Anfall eines in einem wechselseitigen Testamente von beiden Testatoren gemeinschaftlich verordneten Fideicommisses oder Vermächtnisses." (Simon und v. Strampff's Zeitschrift B. 2 S. 48 f.) Er führt aus: eine Theilung des Vermächtnisses könne nicht stattfinden, wenn sie die Testatoren nicht ausgesprochen haben. Ein solches Vermächtniß müsse daher nach dem Tode des zuerstversterbenden Testators entweder ganz oder gar nicht zum Anfalle und zur Transmission reif sein. Dafür, daß bei zwei gemeinschaftlichen Testatoren nur der Tod beider den Anfall des gemeinschaftlich verordneten Vermächtnisses bewirken könne, lasse sich geltend machen, daß nur ein gemeinschaftlicher Wille vorliege und dieser erst mit dem Tode beider Personen, die ihn ausgesprochen haben, perfect werde. Diese Willensgemeinschaft sei jedoch ein unrichtiges Prinzip, da sie nur bei einer moralischen Person Platz greife. Der gemeinschaftliche Wille zwei physischer Personen sei darum kein Wille einer Gemeinschaft. „Jede Person hat diesen Willen ganz und für sich als ihren eigenen Willen ausgesprochen. Jede Person hat das Vermächtniß aus dem gemeinschaftlichen Vermögen ganz bestellt, nur daß es nur einmal gefordert werden kann. Hieraus folgt, daß ein solches Fideicommiß oder Legat sogleich mit dem Tode des zuerstversterbenden Ehegatten zum Behufe der Transmission anfällt."

Erkenntniß des Ober-Trib. zu Stuttgart vom 19. December 1828: — Es wäre gewiß der gewöhnlichen Denk- und Handlungsweise der Menschen nicht entsprechend, wenn angenommen würde, daß ein Ehegatte die gleiche Liebe zu den Verwandten des andern Gatten, wie zu seinen eigenen habe, und daß es die Absicht eines jeden der testirenden Eheleute gewesen sei, dem andern Gatten durch einen Vertrag die Hände so zu binden, daß derselbe nicht einmal hinsichtlich seiner Verwandten in dem, was das gemeinschaftliche Testament zu ihrem Vortheil bestimmt, einseitig eine Aenderung vorzunehmen befugt sein solle. Die Verwandten beider Gatten sind ja nicht Paciscenten und es könnte ihnen daher eine Klage selbst aus einem Vertrage nur dann zukommen, wenn angenommen wird, daß Derjenige, welcher den Vertrag schloß, ein Interesse bei der Erfüllung habe. Dies trifft aber nur insoweit zu, als jeder Gatte zum Besten seiner Verwandten Verpflichtungen auferlegen wollte. (Bolley, Beitrag zur Lehre von den corresp. Testamenten der Eheleute. S. 30 f.)[1])

[1]) Das Gegentheil ist in einem Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Darmstadt vom 14. September 1855 ausgesprochen: Es kann keinen Unterschied begründen, ob der Widerruf zum Nachtheile der Verwandten der überlebenden Ehefrau, oder derjenigen ihres erstverstorbenen Ehegatten geschehen ist. Da nämlich das beiderseitige Vermögen als ein Ganzes betrachtet werden soll, so kann der Ueberlebende nicht mehr sein Vermögen von dem des Andern trennen und muß, wenn er die Erbschaft antritt, auch sein eigenes Testament bestehen lassen. Das ganze Vermögen erscheint als ein einziges dem Fideicommisse unterworfenes Ganze, welches den eingesetzten Erben nicht entzogen werden kann. Die Ehefrau ist in Folge des Testamentes in das ganze Vermögen succedirt, und muß nun auch das im Testamente bestimmte Universal-Fideicommiß an die ernannten Fideicommissarien herausgeben, ohne daß es ihr möglich bliebe, zum Nachtheil ihrer eigenen Verwandten abändernde Dispositionen zu treffen, was nur zu Willkür führen dürfte. (Seuffert, Archiv X. Nr. 184.)

Auch Mühlenbruch B. 35 S. 246 f. sagt: „Ist das Testament außer Zweifel ein correspectives, so darf auch der Ueberlebende, welcher einmal Erbe geworden ist, sich keine Aenderung der gemeinschaftlichen Verfügung gestatten; ob dieselbe seine Verwandte betrifft, oder die des Vorverstorbenen, ist hier gleichgiltig, indem darin allemal ein willkürlicher Eingriff in die bestimmt erklärte und nunmehr als unverbrüchlich feststehende Willensäußerung des andern Theils liegen würde."

Dieser Grund trifft aber immer nur in Betreff dessen zu, was der erstverstorbene Ehegatte aus seinem Nachlasse den Verwandten des andern zugewendet wissen wollte. Insoweit steht allerdings dem Ueberlebenden eine Aenderung der letztwilligen Verordnung nicht zu. Dies versteht sich aber von selbst, da ja mit dem Momente des Todes des Erstversterbenden das fideicommissarische Erbrecht der von ihm berufenen Nacherben, es mögen dies die eigenen Verwandten oder die des Ueberlebenden sein, begründet wird.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel von 1850: Die Verpflichtung des überlebenden Mittestirers zum unverbrüchlichen Festhalten der in dem correspectiven Testament auch über seinen Nachlaß getroffenen Verfügungen erstreckt sich — wegen anzunehmenden mangelnden Interesses des Erstverstorbenen — der Regel nach nicht auf diejenigen Anordnungen, welche in solchen Testamenten lediglich über eigene Vermögensgegenstände des Ueberlebenden zu Gunsten dessen Verwandten getroffen sind. (Seuffert, Archiv IV Nr. 64.)

Erkenntniß des Ob.-Trib. zu Berlin vom 9. Juli 1851: — — — Es läßt sich kein Moment für die Annahme auffinden, daß die wechselseitige Erbeinsetzung und namentlich die Zuwendung des Nachlasses der Ehefrau an ihren Ehemann mit Rücksicht auf die Verfügungen desselben zu Gunsten seiner eigenen Verwandten erfolgt sei, was doch auf irgend eine Weise erhellen müßte, um den § 492 anwenden und hiernach die Unwiderruflichkeit der eigenen Dispositionen des Ehemannes annehmen zu können. Diese Verfügungen über den eigenen Nachlaß Seitens des Ueberlebenden können also nur als von seiner Erbeinsetzung unabhängige und diese keineswegs bedingende Dispositionen betrachtet werden. Sie sind eben deshalb, wie jede einseitige letztwillige Verordnung für widerruflich zu erachten, indem diese Anordnungen die Natur und Widerruflichkeit einer einseitigen letztwilligen Verordnung auch dadurch nicht verloren haben können, daß beide Ehegatten die Dispositionen über ihren künftigen Nachlaß in der gemeinsamen Anordnung über den Nachlaß des Längstlebenden zusammengefaßt haben . . . (Entscheid. B. 23 S. 199.) [1]

Württemberg'scher Entwurf eines Gesetzes in Betreff der Verträge über Erbschaften und der Eheverträge von 1840 Art. 84. „— Bei Bestimmungen eines Ehe- und Erb-Vertrages zu Gunsten von Verwandten der Eheleute wird vermuthet, daß jeder Gatte nur für seine Verwandten habe sorgen wollen, und es wird daher im Zweifelsfalle angenommen, daß eine solche Verfügung je nur von dem verwandten Gatten allein getroffen worden sey, so daß dieselbe nur von diesem, und zwar auch einseitig, wieder abgeändert oder widerrufen werden kann. Dieß findet im Zweifel selbst dann Statt, wenn zu Gunsten der beiderseitigen Verwandten über

---

[1] Vergl. Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 30. April 1852: Wenn Eheleute einander wechselseitig zu Erben eingesetzt, und zugleich ihre beiderseitigen Verwandten zu dem, nach dem Tode des Letztlebenden übrig bleibenden Gesammtnachlasse berufen haben, so steht nach dem Tode des zuerststerbenden Ehegatten dem Ueberlebenden, welcher die Erbschaft aus jenem Testamente angetreten, die Befugniß zu, über seinen eigenen Vermögensantheil anderweitig letztwillig zu verfügen, sofern nur dadurch nicht die bereits erworbenen Rechte der Verwandten des Erstverstorbenen geschmälert werden. (Entscheid. B. 24 S. 48 f.)

> den künftigen Nachlaß beider Eheleute, als über eine Masse, in der Art verfügt wird, daß gewisse Quotienten auf die Verwandten des Mannes, und die übrigen auf die Verwandten der Frau fallen sollen. In diesem Falle würde namentlich dem überlebenden Gatten zwar keine Abänderung des den Verwandten des verstorbenen Gatten Zugedachten zustehen, wohl aber könnte er im Zweifel über die seinen Verwandten bestimmten Quotienten frei verfügen."

g. In Betreff der Frage, ob dadurch, daß ein von Eheleuten gemeinschaftlich errichtetes Testament Seitens der Pflichttheilserben mit Erfolg angefochten worden, die Vorschriften der §§ 492, 493 außer Wirksamkeit treten, wird auf die in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" B. VIII S. 256 f. und 378 f. mitgetheilten Erkenntnisse des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 22. October 1863 und des Ob.-Trib. vom 15. April 1864 Bezug genommen.

h. Die §§ 492, 493, welche in dem hier vorausgesetzten Falle nur den Widerruf der eigenen Verordnungen des Ueberlebenden ausschließen, entscheiden nichts darüber, ob diese Verordnungen nicht aus anderen, später eintretenden Umständen, gleich jedem Testamente, entkräftet werden können. Von besonderer Wichtigkeit ist in dieser Hinsicht die Frage:

> welche rechtlichen Folgen eintreten, wenn dem überlebenden Ehegatten nach Annahme der Erbschaft aus dem wechselseitigen Testamente noch erbberechtigte Kinder geboren werden.

In den Motiven des Plenarbeschlusses unseres höchsten Gerichtshofes vom 3. October 1849 [1]) wird diese Frage berührt, [2]) in einer

---

[1]) „Das durch einen Erbvertrag unter Eheleuten den, aus ihrer Ehe vorhandenen Kindern verheißene Recht auf den, nach dem Tode beider Eheleute verbleibenden Nachlaß wird, wenn auch der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Erbvertrage angetreten hat, durch die Geburt eines in einer nachfolgenden von ihm eingegangenen Ehe erzeugten, bei seinem Tode noch vorhandenen Kindes, in Beziehung auf seinen Nachlaß zwar rückgängig; der überlebende Ehegatte ist aber nicht berechtigt, selbst durch letztwillige Disposition die zu Gunsten der Kinder erster Ehe getroffenen Bestimmungen zu ihrem Nachtheile abzuändern; sondern bleibt insofern beschränkt, daß er es hinsichtlich dieser Kinder bei der Intestaterbfolge in seinen Nachlaß belassen muß." (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 18 S. 19 f.)

[2]) Es wird hier gesagt: Muß nun gleich die Succession in den Nachlaß des überlebenden Contrahenten zunächst nach den Bestimmungen des von dem Erblasser gültig geschlossenen Erbvertrages geregelt werden, so tritt doch dem daraus hervorgehenden Rechte der Kinder erster Ehe das gesetzliche Recht

neueren Entscheidung vom 23. Mai 1864[1]) aber speziell behandelt.

In der letzteren ist, übereinstimmend mit der früheren Ansicht, der Rechtssatz angenommen:

> Die §§ 492, 493 II. 1 des Allgem. Landrechts stehen der Anwendbarkeit der allgemeinen Vorschriften über Entkräftung der Testamente wegen nachgeborener Kinder auch bei wechselseitigen Testamenten, die zum Theil schon durch den Tod des einen und den Erbantritt des andern in Wirksamkeit getreten sind, nicht entgegen.
>
> Die Vorschriften der §§ 454, 450, 451 II. 2 passen vielmehr auch auf den Fall, wo der überlebende Ehegatte nach dem Tode des andern Ehegatten und nach erfolgtem Erbantritt aus dem wechselseitigen Testamente in einer zweiten Ehe Kinder erzeugt hat.

---

der später dem Erblasser noch gebornen Kinder zweiter Ehe entgegen. — Diesen konnte ihr parens ihr gesetzliches Recht auf seinen Nachlaß gleichfalls nicht entziehen; und wenn er sich durch einen früher geschlossenen Erbvertrag selbst außer Stande gesetzt hatte, Dispositionen zu ihren Gunsten zu treffen, so tritt eben deshalb die gesetzliche Folge ein, daß die nachgebornen Kinder, den Kindern erster Ehe gegenüber, die Eröffnung der Intestaterbfolge verlangen können; da es hinsichtlich dieser nachgebornen Kinder gleichgültig erscheint, daß der parens, um dessen Nachlaß es sich jetzt handelt, den Erbvertrag schon in einer früheren Ehe geschlossen hatte, ohne dabei die Möglichkeit des Eingehens einer späteren Ehe und die Erzeugung von Kindern in solcher zu berücksichtigen und für diesen Fall Verabredung zu treffen. In Beziehung auf seinen Nachlaß sind allerdings alle gesetzliche Voraussetzungen, unter welchen die Dazwischenkunft nachgeborner ehelicher Kinder früher geschlossene Erbverträge und letztwillige Dispositionen entkräftet, vorhanden. Denn zur Zeit der Errichtung des Erbvertrages waren die Kinder zweiter Ehe noch nicht vorhanden, wohl aber beim Tode des Paciscenten, ohne daß Verfügung zu ihren Gunsten getroffen worden, welche, wenn auch nicht durch letztwillige einseitige Disposition, doch durch Vertrag mit den Kindern erster Ehe rechtlich möglich gewesen wäre.

Das Verhältniß der Kinder zweiter Ehe gestaltet sich mit Rücksicht auf das oben Ausgeführte so, als wenn ein wechselseitiges Testament vorhanden wäre, aus welchem die Kinder erster Ehe die § 492. 493 Tit. 1 Th. II A. L. R. erwähnten Rechte schon erworben hatten, und es liegt gar kein Grund vor, die ganz allgemeine Vorschrift des § 454 Tit. 2 Th. II A. L. R. nicht auf Kinder, die erst in einer nachfolgenden Ehe geboren werden, anzuwenden, weshalb es denn auch der Gesetzgeber wohl nicht nöthig befunden hat, dies noch ausdrücklich auszusprechen.

[1]) Striethorst, Archiv B. 54 S. 197 f.

Dieser Rechtssatz findet schon allein in der Vorschrift des § 647 Tit. 12 Th. I:

> „Soweit Testamente . . . wegen Dazwischenkunft ehelicher Kinder, so wie überhaupt durch Zufall entkräftet oder vereitelt werden, so weit werden unter eben den Umständen auch Erbverträge rückgängig." [1]

seine vollkommen zureichende Begründung, da wechselseitige Testamente nach Annahme der Erbschaft Seitens des überlebenden Ehegatten einen erbvertragsähnlichen Charakter annehmen, in dieser Beziehung aber unmöglich nach strengeren Grundsätzen behandelt werden können als der Erbvertrag selbst.[2] Es kann daher auf die Erörterungen zu dem gedachten § 647 (s. oben S. 390 f.), sowie zu dem § 444 d. T. (S. 436) verwiesen werden.

i. Schließlich sei noch die Frage berührt:

> ob der überlebende Ehegatte im Falle der §§ 492, 493 für befugt zu erachten ist, die von ihm zu Erben eingesetzten gemeinschaftlichen Kinder wegen ihres späteren, einen gesetzlichen Enterbungsgrund abgebenden Verhaltens von seiner Erbschaft auszuschließen.

Diese Frage steht in einigem Zusammenhange mit der bereits im vorigen Abschnitte (S. 372 f.) behandelten:

> ob ein Erbvertrag, gleich einer Schenkung, wegen Undankes des vertragsweise Bedachten widerrufen werden könne.

---

[1]) Diese Vorschrift ist in besonderer Anwendung auf Erbverträge der Ehegatten wiederholt im § 444 d. T.

[2]) So bemerkt auch Siebenhaar, Comment. zu dem bürgerl. G.-B. für das K. Sachsen III S. 280: — Das Verhältniß ist in diesem Falle ganz dasselbe, wie bei dem Erbvertrag überhaupt. Wie dieser nach §§ 2583. 2601. 2602 von den Pflichttheilsberechtigten angefochten werden kann, so gilt dies auch für den angegebenen Fall des Erbschaftsantrittes aus einem s. g. correspectiven letzten Willen, und es ist dadurch namentlich der Fall gedeckt, wo der Ueberlebende nach Antretung der Erbschaft des Zuerstgestorbenen sich anderweit verheirathet und in dieser anderweiten Ehe Kinder erzeugt.

Von den in Bezug genommenen Vorschriften des Sächs. bürgerl. G.-B. bestimmt der § 2601. „Ist der übergangene Pflichttheilsberechtigte erst nach Errichtung des letzten Willens oder des Erbvertrages geboren . . ., so bleibt dem Uebergangenen, der Verfügung ungeachtet, sein volles gesetzliches Erbrecht."

Vergl. v. Holzschuher, Theorie u. Casuist. (3. Aufl.) S. 746.

So sehr man nun auch Bedenken tragen muß, die über den Widerruf von Schenkungen gegebenen singulären Vorschriften auf den Erbvertrag anzuwenden, so liegt doch die Sache hier anders. Wir haben es hier nicht mit der durch einen Schenkungsact hervorgerufenen Pflicht der Dankbarkeit zu thun, sondern mit dem schon durch das natürliche Band begründeten Pietätsverhältnisse der Kinder gegen ihre Eltern. Es läßt sich daher durchaus nicht annehmen, daß die Ehegatten bei Errichtung des wechselseitigen Testamentes, worin sie ihre gemeinschaftlichen Kinder zu Erben einsetzen, dem Ueberlebenden haben die Befugniß entziehen wollen, eine schwere Verletzung jener Pietätspflicht durch Enterbung zu rügen, oder in Berücksichtigung der erst nachher hervorgetretenen Umstände eine „Enterbung aus guter Absicht" vorzunehmen.[1])

---

§ 494. «Wechselseitige Testamente, worin beide Theile sich des Widerrufs ausdrücklich begeben haben, sind als Erbverträge anzusehen.»

21. Dieser Grundsatz, welcher den Gegensatz des im § 635 Tit. 12 Th. I ausgesprochenen bildet, wird auch nach gemeinem Rechte angenommen.

Mühlenbruch, Forts. des Glück'schen Com. B. 38 S. 222 f.: In einem reciproken Testamente liegt im Grunde das Versprechen gegenseitiger Erbeseinsetzung, nur kann dies Versprechen die Wirkung eines Vertrags in der Regel nicht haben, da im Zweifel anzunehmen ist, daß die Testatoren, indem sie diese Verfügungsart erwählten, es auch in Ansehung der Wirkung bei Dem bewenden lassen wollen, was das gesetzliche Testamentsrecht mit sich bringt. Würde aber das Versprechen der Erbeinsetzung von jedem Theile

---

[1]) Nach dem Land-Recht des Hochstifts und Fürstenth. Bamberg von 1769 ist allerdings die aufgestellte Frage zu verneinen, aber nur aus dem Grunde, weil dieses Statutarrecht (Th. I Anhang 2 Tit. 4 § 3, 4) überhaupt den Eheleuten, „wann sie in Bambergischer völliger Gütter-Gemeinschaft miteinander stehen," die Enterbung der Kinder „alleinig durch Einverständniß beeder Ehe-Leuten, nemlichen in Form eines gemeinschaftlichen letzteren Willens" gestattet, sofern nicht „der verstorbene Ehe-Consort dem Ueberlebenden die ausdrückliche Erlaubnuß darzu ertheilet hätte," und daher ausdrücklich vorschreibt: „Dahero dann auch insbesonder in dem nachfolgenden Wittib-Stand, und wann das Kind sodann erst sich auf eine sonsten von Rechtswegen die Enterbung nach sich ziehende Weis vorgienge, sothane Enterbung niemalen statt haben solle."

förmlich acceptirt, so dürfte man nicht zweifeln, daß jetzt auch vertragsmäßige Wirkung, also Unwiderruflichkeit der Verfügung eintrete, da eine solche Verbindung von Vertrags- und Testamentsrecht sogar bei einfachen Testamenten möglich ist. Wenn nun beide Testatoren ihrer Disposition die Derogatorclausel hinzufügen, so haben wir hier **einmal** eine bestimmte, den oben erwähnten Zweifel ausschließende Willenserklärung über die Wirkung der Disposition; es ist aber **zweitens** diese Erklärung in einem gemeinschaftlichen Rechtsact ausgesprochen, sie läßt sich mithin auch formell als eine Willenseinigung ansehen, wozu es ja einer bestimmten Form auch bei eigentlichen Verträgen nicht bedarf, sobald nur gegenseitige Einwilligung vorhanden ist. Legt man daher der Derogatorclausel bei reciproken Testamenten die Wirkung eines Vertrags bei, so bringt man nur die Regel zur Anwendung, daß, wofern nicht besondere Gründe entgegenstehen, ein Rechtsgeschäft allemal so auszulegen ist, daß es der Absicht seiner Urheber gemäß und zwar möglichst wirksam bestehe.[1])

---

[1]) S. **Stryk**, us. mod. P. 28, 3 § 5: Ast diversum obtinere existimarem, si invicem inter se pactum iniissent, de non revocando hoc testamento invito altero, illudque in testamento expressum sit: hoc casu enim non tantum adest conventio utrinque obligatoria, quae irrevocabilem dispositionem facit, sed etiam alterius interest, ne, se invito, testamentum revocetur, cum semel ex intercedente promissione jus ipsi quaesitum, et dispositio in favorem utriusque condita sit . . .

Vergl. **Heimbach** sen. in Weiske's Rechtslex. X S. 894—897. **Hartmann** S. 121.

Erkenntniß des L.-G. zu Wolfenbüttel vom 12. Februar 1839: — Die vorliegende Urkunde nennt sich selbst **Testament**. Allein es muß dabei erwogen werden, daß es am Schlusse heißt: Dieses testamentum reciprocum, welches als förmlicher Erbvertrag gelten, mithin nicht einseitig von Seiten des einen Ehegatten, sondern allein durch unsere beiderseitige Uebereinkunft abgeändert werden kann &c." und hieraus folgt, daß die Disponenten ein sofort und ohne Weiteres bindendes Geschäft, also einen **Erbvertrag** beabsichtigt und vollzogen haben. (**Matthiä**, Controv.-Lexicon Th. II Abth. 1 S. 168.)

S. auch oben S. 247, 248.

III. Aus Provinzialgesetzen oder Statuten.

§ 495. «Haben die Eheleute die Erbfolge weder durch Verträge, noch durch letzte Willensverordnungen bestimmt: so wird nach den Statuten oder Provinzialgesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen verfahren.»

Anh. § 78. «Von dieser Bestimmung macht auch das unbewegliche Vermögen der Eheleute keine Ausnahme, ob dieses sich gleich in einer anderen Gerichtsbarkeit befindet.»

§ 496. «Haben die Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz geändert; so hat der Ueberlebende die Wahl: ob er nach den Gesetzen des letzten persönlichen Gerichtsstandes des Verstorbenen, oder nach den Gesetzen desjenigen Ortes, wo die Eheleute zur Zeit der vollzogenen Heirath ihren ersten Wohnsitz genommen haben, erben wolle.»

22. Bluntschli, Deutsches Privatr. (3. Aufl. 1864) § 206: Allen deutschen Rechten ist der Gedanke gemeinsam, daß dem überlebenden Ehegatten von Rechtes wegen gewisse Vortheile in dem Nachlasse des Verstorbenen gebühren,[1]) aber die nähere Bestimmung dieser Vortheile ist in den verschiedenen Landes- und Stadtrechten in sehr verschiedener Weise geschehen. Die Willkür hatte hier ein Feld zu freier Bewegung vor sich und brachte in der That eine Menge eigenthümlicher Formen hervor. — Erbe im eigentlichen Sinne des Wortes ist zwar der überlebende Ehegatte nicht,[2]) vielmehr wird er den

---

[1]) So wird in der erneuerten Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. V Tit. 4 § 1 zur Motivirung der nachfolgenden Bestimmungen einleitungsweise gesagt: — Jedoch dieweil je billich ist, daß ein Ehegemahel etwas von dem andern erblich bekomme, von wegen jhrer Christlichen und Ehelichen Beywohnung, und höchster zusammen verpflichter Treuw und Freundtschafft, da sie auch durch die Verehelichung ein Fleisch und ein Leib worden, Und sie derowegen Ergötzlichkeit jhrer samptlich in jhrem Ehestand getragener Sorg, Mühe, und Arbeit, billich haben sollen: Darumb auch fast allenthalben im Reich Teutscher Nation bräuchlich, und durch sondere Constitutiones und Statuta, verordnet, daß Eheleut auch einander, doch mit einer Maß, erben sollen und mögen. Als Ordnen, setzen, und wöllen auch Wir &c."

[2]) Vergl. Proj. Corp. Jur. Frid. P. I (1749) Lib. II tit. IV § 159. „Es ist auch diese statutarische Portion keine eigentliche Erbschaft, noch successio in omne jus defuncti, sondern bloß ein lucrum statutarium, daher agiren die

„Erben" des Verstorbenen von der Sprache entgegengesetzt. Aber während der Blutszusammenhang das eigentliche Erbrecht begründet, so begründet die eheliche Familienverbindung mancherlei rechtmäßige Ansprüche auf theilweisen Erwerb oder auf Genuß der Verlassenschaft, die unter dem allgemeinen Ausdruck (erbliches) Eherecht zusammengefaßt werden können . . .[1])

23. Der im § 492 aufgestellte Rechtssatz stimmt mit der jetzt herrschenden gemeinrechtlichen Doctrin überein.

> Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. 2 art. 12 nr. 401: — communis quidem opinio . . . secundum eam consuetudinem vult aut capi lucrum ex dote, aut dotem restitui, quae obtinuit in loco, ubi primo maritus cum uxore habitatum se contulit. Sed alii . . . contrarium sentiunt, tum per textum l. 24 D. de judic., tum quia maritus discedendo renunciavit legibus istius loci, unde decessit, et se subjecit foro, quo ivit, tum quia locus inspiciendus, ubi restitutio fieri debet, ea vero non in primo, sed secundo domicilio facienda erit. Hanc ut veriorem communi errori praefero, sicut et quotidianus usus ea probavit, absurdum dicens ex statuto civitatis aliquem in alio loco judicari, qui non ibi, sed in hoc civis sit, et prioris civitatis legibus peritus per emigrationem dimissionemque exemptus. Nostro jure omnis dubitatio praecisa est per art. 10 h. t.[2])

Creditores und Legatarii des Defuncti nicht gegen den s. g. Haeredem Statutarium, sondern allein gegen des Verstorbenen hinterlassene Erben."

[1]) Runde, deutsches eheliches Güterrecht § 104: Deutsche Gewohnheitsrechte und Statuten haben dem Successionsrechte der Ehegatten beinah überall größere Ausdehnung als das röm. Recht gegeben, unter sehr verschiedenen Bestimmungen, welche mit dem Namen der statutarischen Portion oder des „Längst Leib, längst Gut" zusammengefaßt werden. Sie bestehen 1. entweder in einem Erbrechte des überlebenden Ehegatten, mit Ausschließung der Blutsverwandten desselben, oder 2. in einer Concurrenz mit den letzteren, oder 3. in einem Nießbrauchsrechte der, der Proprietät nach den Blutsverwandten anfallenden Verlassenschaft oder eines Theiles derselben, und die beiden letzteren Arten kommen auch in Verbindung vor. — Der Grund dieser Successionsrechte ist das Gesetz — Herkommen oder Statut — entstanden aus der ideellen Ansicht der Deutschen von der Ehe, welcher auch nach Trennung durch den Tod widerstreitet, den zurückgebliebenen Ehegenossen von den Gütern des verstorbenen ganz auszuschließen . . .

Vergl. v. Gerber, System des Deutsch. Privatr. § 255.

[2]) Dieser Artikel lautet: „Würde einig frembder Mann allhier in dieser Stadt (oder in eine ander Stadt, welche sich Lübisch Recht gebrauchen) kommen, vnd sich allbar setzen, vnd derselbige were seinen Kindern Erbschichtung zu thunde schüldig, Hette er nun dieselbe nicht gethan, ehe vnd zuuorn er in das Lübische Recht kommen, so mus er nach der Zeit mit seinen Kindern

S. Stryk, de succ. ab intest. Diss. IV cap. 3 § 4: Cum autem Statuta pro diversitate Provinciarum varient, dubium est, quaenam Statuta hic veniant attendenda. Decisio petenda erit ex l. 65 D. de judic. quod non secundum Statuta loci, ubi contractum matrimonium, sed ubi ultimo domicilium habuit maritus, succedendum sit — etiam si uxor nesciverit Statuta loci, quorsum cum marito se confert; consentiendo enim in mariti personam, in ejus quoque forum et domicilii jura consensisse censetur.

Ebenso entspricht der, schon durch die Natur des Erbrechts, als des Rechts der Nachfolge in den gesammten Vermögenskreis einer daraus geschiedenen Person[1]) gebotene Grundsatz des § 78 des Anh.[2]) der — im Gegensatze von der älteren, auf germanischer Rechtsanschauung beruhenden Theorie[3]) — jetzt ganz allgemein herrschend gewordenen Ansicht. Der Standpunkt des älteren Rechts kann daher als ein überwundener bezeichnet werden, so daß es nicht mehr Noth thut, seine Unhaltbarkeit darzulegen.[4])

---

theilen, als Lübisch Recht außweiset. Es were dann, das er zuvorn solche Erbschichtung zuthuende „ sich vor Radt vnd Gerichte an denen örten, da er theilen sollen, vnd ehe er sich in vnser Jurisdiction gesatzt, verpflichtet hette."

¹) S. Bd. I S. 1 ff.

²) Diese Vorschrift ist aus der, durch das Hofrescript vom 2. Juni 1794 „für diesen und künftige Fälle" bestätigten Entscheidung der Gesetz-Commission vom 20. Mai 1794 hervorgegangen. (Klein, Annalen Bd. 13 S. 1 ff.)

Dieselbe findet selbst dann Anwendung, wenn inländische Gesetze mit ausländischen collidiren. Präjud. des Ob.-Trib. Nr. 1492 vom 4. October 1844 (Entscheid. Bd. 10 S. 177 f.).

³) So bestimmt die Polizei-Ordnung des Hertzogth. Magdeburg von 1688 Kap. 44 § 9. „Bei Ererbung des Fahrnisses seyn die Statuta des Orts zu beobachten, wo der Verstorbene gewohnt, ob er gleich anderswo verstorben; da er aber an mehreren Orten seine Wohnung gehabt, und keine davon aufgegeben, sollen des Orts Statuten bey der Succession in Obacht genommen werden, wo er zuletzt, als er verstorben, gewohnet hat."

§ 10. „In unbeweglichen Gütern aber seynd des Orts Statuten vor den Grund der Succession zu achten, wo dieselbige gelegen, obgleich der Verstorbene anderswo gewohnet."

⁴) Vergl. Martin, Rechtsgutachten und Entscheid. des Spruchcollegii der Univ. Heidelb. I. S. 175 f. Schäffner, Entwickelung des internationalen Privatr. S. 165—175 und die daselbst angeführten älteren Schriftsteller. Günther in Weiske's Rechtslex. IV S. 733—735. Cappell im Arnsb. R. Archiv II S. 189—200. K. Witte, das Preuß. Intestaterbr. S. 49, 50. Bornemann, Erört. Hft. X S. 126—131. Förster, Theorie u. Praxis I. S. 59 f.

24. Die in dem gedruckten Entwurfe unseres Landrechts noch nicht enthaltene, erst später nach dem Vorschlage einiger Monenten hinzugefügte Bestimmung des § 496[1]) stellt den beiden einander widerstreitenden Ansichten über Unwandelbarkeit oder Wandelbarkeit der ehelichen Güterrechte bei dem Wechsel des Wohnsitzes[2]) eine Mittelmeinung gegenüber,

[1]) Mit vollem Recht hatte Suarez in der revisio monitorum diesen Vorschlag mit der Bemerkung zurückgewiesen: „Daß bei der successio legalis inter conjuges auch extra casum communionis bonorum auf die Statuten und Provinzialgesetze desjenigen Ortes reflektirt werden solle, wo Eheleute zuerst ihr domicilium gehabt haben, ist gegen die Theorie und alle bisherigen Gesetze. Bei der Gütergemeinschaft erlangt jeder der Eheleute durch das factum der Vollziehung der Ehe ein condominium in bona des andern, und dies Recht kann ihm der andere durch die bloße mutatio fori nicht wieder nehmen. Anders ist es mit den Statuten, welche bloß futuram successionem bestimmen, und noch kein Recht inter vivos geben." Gleichwohl wurde bei nochmaliger Konferenz mit der Gesetz-Kommission der Satz des § 496 angenommen. „Dieser ist — so wird zu seiner Rechtfertigung im amtlichen Schlußbericht gesagt — der Billigkeit, besonders gegen die Frau gemäß, da sie solchergestalt durch eine oft unwillkürliche mutationem domicilii Successionsrechte nicht verlieren darf, auf welche sie, oder ihre Eltern oder Vormünder bei Schließung der Ehe wirklich reflectirt und eben um deswillen die Errichtung von Ehepakten für unnöthig gehalten haben. Auch kann daraus gar keine Weitläufigkeit oder Verwirrung entstehen, da der casus existentis communionis bonorum immer ausgeschlossen bleibt."

Bornemann, System VI S. 215 f. Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 37 S. 202 f.

[2]) Es ist in dieser Hinsicht auf die gründliche Abhandlung Bremer's: „Die Wandelbarkeit des ehelichen Güterrechts nach Stand und Wohnort" (in der Zeitschr. für deutsches Recht XXIII S. 200 f.) und die darin angeführten Schriftsteller zu verweisen.

Auch in der Praxis zeigt sich die Verschiedenheit der Ansichten. Seuffert, Archiv I Nr. 152. XIV. Nr. 106. Doch scheint in neuerer Zeit das Prinzip der Wandelbarkeit der ehelichen Successionsrechte das Uebergewicht zu gewinnen.

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Kiel vom 26. November 1845: Die gesetzlichen Bestimmungen über die güterrechtlichen Verhältnisse unter Eheleuten gehören zu den s. g. erlaubenden, d. h. denjenigen Rechtsregeln, welche nur subsidiär, nämlich wenn nicht die betheiligten Personen sich über etwas anderes vereinbart haben, zur Anwendung kommen. Fehlt es an einer solchen Vereinbarung der Eheleute, so werden ihre Güterverhältnisse nach den Vorschriften desjenigen Rechts geordnet, unter welchem die Eheleute stehen. Sollen also die güterrechtlichen Normen eines bestimmten Rechts zur Anwendung kommen, so müssen drei Voraussetzungen zusammentreffen, nämlich 1) eine bestehende Ehe zwischen Personen, welche 2) diesem Rechte unterworfen sind, und 3) über ihre Güterverhältnisse keine Vereinbarung getroffen

die wegen ihrer Halbheit ganz prinziplos ist, auch gegen die Grundansicht verstößt, daß die Intestaterbfolge als die vom Gesetz nach dem

---

haben. Gleichwie aber ein Zusammentreffen dieser drei Voraussetzungen eine Bedingung ist für die eintretende Wirksamkeit eines bestimmten Statuts in Beziehung auf die Güterverhältnisse, so ist auch die Fortdauer dieser seiner Gültigkeit durch die Fortdauer derselben drei Momente bedingt, und sowie die in Folge gesetzlicher Vorschrift für Eheleute geltenden gesetzlichen Normen sich ändern, wenn die Eheleute während der Ehe etwas hievon Abweichendes vertragsmäßig bestimmen und also die dritte der obigen Voraussetzungen wegfällt, so tritt gleichfalls eine Aenderung alsdann ein, wenn die Eheleute durch einen Wechsel ihres Gerichtsstandes einem neuen Rechte unterworfen werden, welches in güterrechtlicher Beziehung andere Normen enthält, als die bisher zur Anwendung gebrachten. Von diesem Zeitpunkte an sind alle Voraussetzungen für die Anwendung des an dem neuen Wohnorte geltenden Rechts vorhanden, und es fehlt an jedem Grunde, dieses nicht zur Anwendung zu bringen, wohingegen das Statut des früheren Wohnorts das fragliche Rechtsverhältniß zu beherrschen aufgehört hat. Die Rechtsregeln über die Güterverhältnisse der Eheleute äußern nicht bloß eine momentane Wirkung in der Art, daß sie lediglich die in einem gegebenen Zeitpunkte z. B. dem Augenblicke der eingegangenen Ehe existirenden Rechte und Verbindlichkeiten Seitens der beiden Ehegatten entweder sämmtlich oder theilweise zu gemeinsamen machten, sondern es üben jene Rechtsregeln einen fortdauernden Einfluß auf den Rechtszustand der Eheleute aus, welcher sich wirksam zeigt, so oft während der Ehe innerhalb gewisser Gränzen neue Rechte erworben oder neue Verbindlichkeiten begründet werden. Es würde daher eine Anomalie sein, wenn die Güterverhältnisse der Eheleute nach einem Rechte geordnet werden sollten, unter welchem dieselben zwar früher einmal gestanden haben, zur Zeit aber nicht mehr stehen, und eine solche Anomalie darf ohne eine gesetzliche Vorschrift nicht angenommen werden. Aus dem Wesen der Sache läßt sich aber ein unverändertes Fortbestehen desjenigen güterrechtlichen Verhältnisses, welches zur Zeit der Eingehung der Ehe gegründet wurde, keinesweges als rechtlich nothwendig ableiten; denn, daß während der Ehe namentlich durch Vertrag die güterrechtlichen Verhältnisse verändert werden können, ist unbestritten und somit die rechtliche Möglichkeit eines solchen Wechsels überhaupt außer Zweifel . . .

(Seuffert, Archiv VII Nr. 137.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Lübeck vom 30. December 1859: Dem Appell.-Gericht kann darin nicht beigestimmt werden, daß eine Veränderung des Domicils von Eheleuten auf das zwischen denselben bestehende Güterrecht und die daraus sich ergebenden Successionsbefugnisse — falls dieselben nicht vertragsmäßig festgestellt und auch nicht etwa das am ersten Domicil geltende Recht als für die Folgezeit maßgebend ausdrücklich anerkannt sein sollte — ohne Wirkung bleibe. Vielmehr ist, wenngleich bedeutende Autoritäten sich für die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen haben, mit

Schweppe, Privatr. I. S. 56. Mühlenbruch, Pandekten § 72

muthmaßlichen Willen des Erblassers geregelte Erbfolge zu betrachten ist, daß also die Rücksicht auf den Willen des Erben hierbei gar keine Berechtigung hat.[1])

Die Vorschrift des § 496 gilt jedoch nur außerhalb des Verhältnisses der ehelichen Gütergemeinschaft, welches keine Wahl gestattet. Denn wenn im § 496 dem Ueberlebenden die Wahl vergönnt wird, nach welchen Gesetzen er „erben wolle," so ist durch den letzteren Ausdruck schon hinreichend klar angedeutet, daß nicht von der Gütergemeinschaft die Rede ist, da dieselbe ein Gesammteigenthum zur Grundlage hat, welches nach dem Tode des einen Ehegatten fortwirkt, und dem Ueberlebenden, als Miteigenthümer des gemeinschaftlichen Vermögens nicht erlaubt, zu einer Wahl zu schreiten, ob und wie er erben wolle." [2]) Unser Ober-Tribunal hat daher im Präjud. Nr. 120 vom 29. August 1836 [3]) den Grundsatz ausgesprochen:

Das im § 496 dem überlebenden Ehegatten verstattete Wahlrecht

---

Note 6. Kierulff, Civilr. I. S. 79. Runde, eheliche Güterrechte S. 217. Eichhorn, Einleit. § 35 Note g. Phillips, Privatr. II. § 139 u. A.

anzunehmen, daß das allein auf der Basis des im ersten Domicil der Eheleute geltenden Gesetzes herbeigeführte Güterrecht sich bei einer Domiciländerung ohne weiteres nach Maßgabe der im neuen Wohnort der Eheleute gültigen Gesetze umwandelt. (Ebendas. XIV Nr. 106.)

Erkenntniß des O.-A.-G. zu Cassel von 1861: Nur da, wo der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf den Nachlaß des verstorbenen aus der bloßen Fortentwickelung der während der Ehe bestehenden Güterverhältnisse herzuleiten ist, entscheidet der Wohnsitz, an welchem die Ehe angefangen, für das anzuwendende Recht; wo dagegen die Erbfolge der Ehegatten eine wahre reine Intestaterbfolge ist, sind die Statuten des letzten Wohnortes maßgebend. (Ebendas. XV Nr. 95.)

[1]) Man kann unbedenklich dem Erblasser die (testamentarische) Bestimmung freigeben, nach welchen Gesetzen er beerbt sein will. Aber dem Erben die Wahl anheimzugeben, nach welchen Ortsgesetzen er erben will, ist gegen alles Rechtsprinzip. Die Gesetz-Revisoren haben sich daher mit Recht für die Streichung des § 496 erklärt. (Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 3 S. 45 Note 1.)

Unser höchster Gerichtshof hat gleichwohl in dem Präjud. Nr. 1347 vom 9. October 1843 angenommen: Der § 496 stehe nicht im Widerspruch mit den Grundsätzen des gemeinen Rechts, und komme darnach auch in denjenigen Provinzen zur Anwendung, wo die Gesetzeskraft der drei ersten Titel Th. II des Allgem. Landrechts noch suspendirt ist. (Präj.-Samml. S. 146.)

[2]) Entscheid. des K. Ob.-Trib. B. 3 S. 50.

[3]) Entscheid. a. a. O. Präj.-Samml. S. 146.

findet in dem Falle nicht Anwendung, sondern ist ausgeschlossen, wenn nach den Gesetzen des ersten Wohnorts die eheliche Gütergemeinschaft zwischen den Eheleuten eingeführt ist.

Für den umgekehrten Fall hat derselbe Gerichtshof in dem Erkenntnisse vom 29. Januar 1858[1]) angenommen:

> In dem Falle, wenn Eheleute während der Ehe ihren Wohnsitz von einem Orte, wo Dotalrecht gilt, an einen Ort, wo Gütergemeinschaft gilt, verlegt haben, ohne durch Vertrag oder letzte Willensordnung über ihre Erbfolge etwas zu bestimmen, kann beim Tode des einen Ehegatten der überlebende verlangen, daß wegen der Erbfolge und Auseinandersetzung mit den gesetzlichen Erben des Verstorbenen nach den am Sterbeorte geltenden Grundsätzen der ehelichen Gütergemeinschaft verfahren werde.[2])

---

[1]) Entscheid. B. 37 S. 202 f.

[2]) Das vormalige Pupillen-Collegium zu Hamm hatte auf die Anfrage des Gerichts zu Duisburg:

> ob in dem Falle, wenn Eheleute ihren ersten Wohnsitz nach Eingehung der Ehe auf dem linken Rheinufer genommen, also in der Gütergemeinschaft des Code Napoléon gelebt haben und demnächst nach Duisburg verzogen sind, nun nach dem Tode des Einen sich die Succession nach den Grundsätzen des französischen Rechts, oder nach den Duisburger Statuten richte, eventuell, ob dem Ueberlebenden die Wahl zustehe,

mittelst Verfügung vom 22. Mai 1840 den Bescheid ertheilt:

> Der § 495 Tit. 1 Th. II A. L. R. ist ein Ausfluß der allgemeinen Regel, daß der Wohnort zur Todeszeit über die Erbfolge entscheidet. Er hat den Fall vor Augen, wenn Provinzial-Gesetze und Statuten dem überlebenden Ehegatten, ganz abgesehen von der Gütergemeinschaft, ein besonderes vom gemeinen abweichendes Erbrecht geben (die in Pandekten-Compendien s. g. portio statutaria). — Der Fall der Gütergemeinschaft ist hiervon völlig verschieden und wird in demselben Abschnitte unter einem besonderen Haupt-Marginal, nämlich zu V (von § 634 ab) verhandelt. Die Gütergemeinschaft ist ein eigenthümliches Verhältniß, welches seine Wirkungen in Ansehung der Eheleute nicht nur während der Dauer, sondern auch nach Auflösung der Ehe äußert. Durch die Ergreifung des ersten Wohnsitzes an einem Orte, wo Gütergemeinschaft gilt, wird das Eintreten dieser Gütergemeinschaft mit allen ihren Folgen bedingt (§ 350), also auch mit denjenigen, die nach Auflösung der Ehe Platz greifen. Die Gütergemeinschaft des neu ergriffenen Domicils kommt mithin niemals in Ansehung der Succession der Eheleute in Betracht. Da nun im vorliegenden Falle der erste Wohnsitz der Eheleute nicht Duisburg, sondern das linke Rheinufer war, so kann von Anwendung der Duisburger Gütergemeinschafts-Statuten überall nicht die Rede

§ 497. «In zweifelhaften Fällen gilt die Vermuthung, daß der dem überlebenden Ehegatten durch solche Gesetze bestimmte Erbtheil demselben durch Testamente nicht geschmälert oder gar genommen werden könne.»

§ 498. «Wenn also dem überlebenden Ehegatten in dem Testamente des Erstverstorbenen weniger, als sein statutarischer Erbtheil beträgt, ausgesetzt worden; so kann derselbe die Ergänzung des Fehlenden aus dem übrigen Nachlasse fordern.»

§ 499. «Nur insofern, als der überlebende Ehegatte sich solche Handlungen, die eine Scheidung begründen würden, hat zu Schulden kommen lassen, kann ihm sein statutarischer Erbtheil geschmälert oder genommen werden.»

25. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg, 1841) S. 375 f.:

Bei dem allein auf Gesetz und Herkommen beruhenden Successionsrechte des überlebenden Ehegatten — der eigentlichen statutarischen Portion — wird die Frage, ob ihm dadurch etwa nur ein Intestaterbrecht gegeben, was, gleich andern Intestaterbrechten, nur in Ermangelung einer letzten Willenserklärung zu Raum kommt, von allen Rechtslehrern[1]) so entschieden verneint, daß man sich darüber wohl auf eine allgemeine Praxis berufen kann. Sie hat aber auch, bei den mit den ehelichen Güterverhältnissen in Verbindung stehenden Successionsrechten, den historischen Grund für sich, daß das Herkommen sich durch häufige Eheverträge gebildet hat, und nachmals, um die, an der Stelle der Vortheile des älteren Rechts, dadurch gegründete feste Versorgung des Ueberlebenden gegen das eingedrungene fremde Recht zu sichern, in Statuten verzeichnet ist. Wenn gleich als Grund der Verwirklichung des statutarischen Erbrechts, wie des ehelichen Güterrechts, im einzelnen Falle kein stillschweigender Vertrag supponirt werden darf, so deutet doch jener

---

sein; außer diesen existiren aber dort keine Erbfolge-Statuten. Deshalb muß die Regulirung des Vermögens, insofern dieses der Gütergemeinschaft des Code Napoléon unterworfen ist, nach dieser und insoweit dies nicht der Fall ist, nach der Erbfolge des A. L. R. geschehen.

[1]) Mevius, com. in Jus Lub. P. II tit. 1 art. 8 nr. 44 sq. Meister, Pract. Bemerk. B. 1 Nr. 5. Runde § 689. Eichhorn § 338 Note n. Mittermaier § 443. Gründler, Polemik Th. 3 § 635. 636. Scherer Th. 2 § 232. 279.

Bildungsgang des Instituts auf ein festes dem vertragsmäßigen gleich wirksames Recht. Diese Unentziehbarkeit liegt auch wohl der Annahme der an sich unjuristischen Idee eines condom. in solidum zum Grunde, und muß, wo sie sich geltend gemacht hat, darin anerkannt werden. Eben diese Gründe sprechen gegen eine willkührliche theilweise Entziehbarkeit bis auf einen Pflichttheil, wofür es, wenn die Statuten nichts darüber bestimmen, an allem Maß fehlt. Aus Gründen, welche einer Ehescheidung Raum geben, könnte man sich versucht finden, auch wenn es nicht dazu gekommen ist, eine Enterbung des Schuldigen zuzulassen. Aber was als natürliche Folge der Auflösung der ehelichen Gütergemeinschaft unter Lebenden eintritt, kann ohne besondere gesetzliche Bestimmung nicht als Strafe auf den Fall angewandt werden, da die Ehe bis zum Tode fortdauert; nur dem ehebrecherischen Weibe kann ihr Erbrecht letztwillig entzogen werden, wie es dessen gesetzlich verlustig erklärt ist. In der Regel muß also die statutarische Portion, wie sie bestimmt ist, als Pflichttheil angesehen, und, in Concurrenz mit Kindern oder Ascendenten, von dem reinen Vermögen erst vorabgezogen werden, bevor diesen ein Pflichttheil berechnet werden kann. Auch wenn sie den ganzen Nachlaß, zu Eigenthum oder zu Nießbrauch, zum Gegenstande hat, darf sie nicht mit Vermächtnissen beschwert werden, wodurch sie auf ein Viertheil gemindert werden könnte.

Bei dem allen aber ist der Ehegatte nicht als Notherbe im Sinne des römischen Rechts anzusehen, und dem durch ein Testament verletzten steht nicht die querela nullitatis oder inofficiosi testamenti, sondern nur eine condictio ex statuto s. ex moribus auf Ersatz des widerrechtlich Entzogenen zu. Die ausdrücklich oder stillschweigend verletzenden Bestimmungen werden für nicht geschrieben geachtet, während das Testament im übrigen seine Gültigkeit behält. [1])

---

[1]) Vergl. Schmitthenner, Deutsches Güterrecht der Ehegatten S. 200 bis 209, welcher zu dem Ergebnisse gelangt: Alles dasjenige, was dem Ueberlebenden zufolge einer Liberalität des Gesetzes aus dem Vermögen des Gestorbenen zugewiesen ist, darüber kann der andere Gatte willkürlich verfügen, also auch es dem Letztlebenden beliebig entziehen. Alles dasjenige aber, was dem Ueberlebenden als Kommunions-Theilhaber gehört, muß ihm ungeschmälert gelassen werden und unterliegt keinerlei Disposition des Andern. Das Letztere wird auch als ipso jure erworben anzusehen sein. Auf diesen Antheil sind jedoch keineswegs die römischen Grundsätze von Notherben anzuwenden. Vielmehr ist eine Verfügung des Erstversterbenden darüber, als über eine fremde Sache, in Bezug auf den Ueberlebenden schlechthin ungültig. In dem Falle, wenn das Statut alle Disposition über die s. g. portio statutaria untersagt, ist eine solche dennoch nicht mit der Inoffiziositäts-Querel anzugreifen, sondern nur einfach unwirksam; indem die Sätze vom römischen Pflichttheil, die ihrer Natur nach nur auf Ascendenten und Descendenten gehen, nicht erweitert anzuwenden sind. — Schüler, Ueber die Vertrags-

v. Gerber, System des Deutschen Privatrechts (7. Aufl. 1860) § 255: — Das Erbrecht der Ehegatten, welches die Fortdauer der Ehe bis zum Eintritt des Erbfalls voraussetzt, erscheint als ein durch das eheliche Leben verdientes Recht und kann daher durch keine letztwillige Verfügung entzogen werden; eine solche würde im Testamente für nicht geschrieben gelten. Jedoch gestatten manche Particularrechte eine Enterbung aus bestimmten Gründen.

Erneuert. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 16 § 1. „Wann ein zu testieren befügtes Ehegemächt, durch Testamentliche Verordnung, ihme Erben einsetzen will, soll es das ander Ehegemächt von seiner Verlassenschaft, ohne genugsame — Ursachen außzuschließen nicht Macht haben, sondern dasselbe (krafft dieser Unserer Satzung) von Ehelicher Pflichten, Liebe und Trew wegen, mit Verschaffung deß Dritten Thails, von demjenigen, so es ab intestato von dem Verstorbenen aigenthumblich zu erben hette, zu bedenken schuldig seyn." § 2. „Da aber ein testirend Ehegemächt, dieser Unserer Satzung zuwider, dem andern den anjetzo bestimpten schuldigen Pflichtthail in seinem Testament gar nicht, oder nicht vollkommen verschaffen, Sollen nichts desto weniger die eingesetzte Erben, solchem außgeschloßnen oder verkürtzten Ehegemächt seinen gantzen Pflichtthail, auff sein ansuchen, zuzustellen angehalten werden; Sonsten aber das Testament im übrigen seinem innhalt kräfftig verbleiben."

---

mäßigkeit der Güterrechte und Erbrechte der Ehegatten (in Ortloff's und Schüler's Jur. Abh. und Rechtsf. B. 1 Jena, 1847 Nr. XIV S. 469 bis 484). Walter, System des gem. deutsch. Privatr. § 419. Beseler, System II S. 502—505. Seuffert, Archiv IX Nr. 186.

Der Anspruch des überlebenden Ehegatten auf Ergänzung der durch Testament verkürzten statutarischen Portion wird durch Anerkennung des Testamentes ausgeschlossen. Eine solche ist jedoch in der bloßen Annahme eines Vermächtnisses nicht zu finden. Leyser, medit. ad P. spec. 425 m. 5 — 7. Conjux defuncti conjugis testamentum, quo portio statutaria laeditur, agnoscens, nequit deinde de laesione portionis queri. Nisi, dum agnovit testamentum, jura sua salva sibi protestationem servavit. Agnovisse tamen non videtur conjux, qui relictum sibi in testamento infra portionem statutariam accepit . . . Diversum exemplum est, si maritus uxori, cui dimidia hereditas ex statuto debebatur, usumfructum integrae hereditatis relinquat, dominium vero aliis leget, atque haec usumfructum istum accipiat. Postea de laesione queri nequit, quia usumfructum alterius dimidiae, quae ipsi non debebatur, suscipiens lucro hoc onus, quod alteri dimidiae adjectum fuit, pensasse videtur . . . Sic mense Martio anni 1720 judicavimus: — Alldieweil Beklagte ihres Mannes Testament bereits agnosciret, den ihr darinn verlassenen usumfructum bisher behalten, und die Güter nach ihrem Belieben verwaltet, folglich von demjenigen, was sie einmahl approbiret und passibus proficuis angenommen, nicht weiter abgehen, noch die portionem statutariam fordern kann; So haben wir, daß Beklagte — in allem ihres Mannes letzten Willen erfüllen müsse, gesprochen.

Erneuert. Land-Recht der Churf. Pfaltz bey Rhein von 1610 Th. IV Tit. 16 pr. „Wiewoll nit zu vermuthen, daß ein ehegemächt deß andern in seinem testament, besonder wo es sich redlich, erbar und wol verhalten, vergessen: Zu geschweigen, daß jhme unverdienter weiß etwas deßjenigen, so jhme in der Heyrathsabrede und diesem Unsern Landrechten, verordnet, auß neid oder gefaßtem unwillen, ohne sondere ursachen benemmen und entziehen werde: Jedoch, da dergleichen beschehe, ordnen, setzen und wollen Wir, daß solches kraftloß sein, und das ehegemächt, so also unverschuldtet sachen vernachtheilt worden, bey seinem Rechten erhalten werder soll." § 1. „Jedoch, wo dermassen ursachen vorhanden, die, ven möge Unserer Eheordnung, zu der ehescheidung gnugsamb, mag ein ehegemächt das ander enterben, und alles, was jhme sonsten gebürn hette, widerrufen."

Erneuerte Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. V Tit. 7 § 1. „Würde sich auch zutragen, daß der Ehemann dem Weib, oder das Weib dem Mann, dasjenig, so jme . . . wegen dieser unser Reformation gebüret, auß gefaster Gräme, durch sein Testament oder andern Letzten Willen entziehen, oder schmälern wollte, unverschuldter Sachen: So Ordnen und wöllen Wir, daß solches alles kraftloß und nichtig seyn, auch also (wann die Fälle sich zutrügen) erkennt werden solle."

Consuetud. Elector. et March. Brandenburgens. (collectae cura et studio Joachimi Scheplitz) P. III tit. 2 § 23. „Ob auch wol einem jeglichen, laut der Landes Constitution, ein Testament zu machen frey stehet, so soll doch keinem Manne zugelassen werden, seiner Frawen zu Forfange ein Testament zu machen, und sie an jhrer Helffte zu verkürtzen, Sondern dasselbe sol von des Testamentmachers halben Theil, und von seinen Erben alleine gegeben werden, daß der Frawen ihr halber Theil gantz und vollkommen bleibe." [1])

---

[1]) Die Frage, ob nach Lübischem Recht der Ehemann die statutarische Portion, welche der Ehefrau im Falle einer kinderlosen Ehe gebührt, durch letztwillige Verfügung ermäßigen könne, behandelt das Erkenntniß unseres Ober-Trib. vom 12. December 1856 (Entscheid. B. 34 S. 226 f.).

Derselbe Gerichtshof hat in Betreff des Märkischen Provinzialrechts in dem Präjud. Nr. 2047 vom 2. September 1848 angenommen:

Ein märkischer Ehegatte, der von seinem Rechte, die statutarische Portion zu verlangen, gegen Testamentserben des verstorbenen Ehegatten Gebrauch macht, ist nicht berechtigt, die Subhastation eines zum Nachlasse des Testators gehörigen, von dem Letzteren einem der Erben zu einem bestimmten Preise überwiesenen Grundstückes zu verlangen, sondern muß sich begnügen, daß bei Berechnung der statutarischen Hälfte das Grundstück nach dem Betrage einer aufzunehmenden Taxe zur Anrechnung gebracht wird. (Präj.-Samml. S. 146.)

Vergl. Erkenntn. vom 3. Jan. 1852 (Entscheid. B. 22 S. 243 f.).

Constit. elector. Saxon. P. III const. 7. „Es wird von den Rechtsgelehrten in gemein gehalten, daß der Mann nicht befugt sey, dem Weibe den dritten oder vierten Theil, oder anders, so ihr nach seinem Absterben, vermöge einer Willkür, oder wohlhergebrachten Gewohnheit, aus des Mannes Gütern gebühret, gar oder zum Theil zu entwenden, wie dann auch gleichergestalt hinwiederumb dem Weibe nicht nachgelassen wird, dasjenige, was dem überlebenden Ehemanne aus ihren Gütern zustehet durch ein Testament oder andern letzten Willen zu vermindern; derowegen wollen wir, wann sich solche Fälle zutragen, daß hierauf in unsern Landen zu Recht erkannt und gesprochen werde.[1])

Polizeyordnung des Hertzogth. Magdeburg von 1688 Kap. 44 § 39. „Und stehet dem Manne so wenig als dem Weibe frey, durch ein testamentum, fideicommiss, donation, oder in andere Wege des Ehemannes obgesazzte portionem statutariam ohne des andern Einwilligung zu benehmen, gestalt dann diese Sazzung ohne Unterschied des Verstorbnen Zustandes, ob sie arm oder reich gewesen statt finden soll.„

Churf. Trier'sches Land-Recht von 1713 Tit. VI § 37. „Was nun dem letztlebenden Ehe-Gatt vermög dieser Unser Verordnung vorgesetzter maßen auß deß erstverstorbenen Erbschafft gebühret, dessen kann kein Ehe-Gatt das ander durch Testament, oder anderwärtige Disposition berauben, es geschehe dann auß rechtmäßigen Ursachen."

Neu-revidirte Willkühr der Stadt Danzig von 1761 Th. II Cap. 6 Art. 6. „Weil hiesige Eheleute vermöge Flämischer Erb-Gerechtigkeit und Culmischer Freyheit in ungetheilter Gemeinschaft aller ihrer Güter stehen, und also nach des einen Ehegatten Absterben der Ueberbleibende aus dem hinterlassenen gemeinschaftlich besessenen Vermögen die Helfte zu sich nimmt, so kann diese portio statutaria von einem Ehegatten dem andern keineswegs entnommen oder geschmälert . . . werden."

---

[1]) Carpzov, Jurispr. for. P. III const. 7 def. 1—25.

IV. Nach gemeinen Rechten.

§ 500. «Sind wegen der Erbfolge der Eheleute keine oder nicht hinreichende Bestimmungen in den Provinzial-Gesetzbüchern oder Statuten enthalten, so soll nach folgenden allgemeinen Vorschriften verfahren werden.»

1. Absonderung der zum Nachlasse nicht gehörenden Stücke.

§ 501. «Zuvörderst werden die in dem Nachlasse befindlichen Lehne und Fideicommisse, nebst Zubehör, demjenigen verabfolgt, auf welchen sie durch den Tod des letzten Besitzers gediehen sind.»[1])

26. H. Siegel, das Deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters (Heidelb., 1853) § 54:

Zur Feststellung des Erbe im juristischen Sinne — bedarf es zunächst einer Sonderung des Lehnes, wenn Lehn- und Land-Erbe nicht in Einer Person vereinigt sind. Sodann aber sind verschiedene Gegenstände und besondere Vermögenstheile von der Hinterlassenschaft abzuziehen, und an die Berechtigten abzugeben, ehe wir vom Erbe im eigentlichen Sinne reden. Daher sagen die Goslar'schen Statuten: „Wat in enes weren besterfft, dat sin was, do he levede wente an sinen dot, dat is al erve, sunder herwede, gherade oder lengut." — Anlangend die Sonderung des Lehnes, so findet ideell eine solche Trennung und Abgrenzung auch für den Fall statt, daß der Landerbe zugleich Lehnerbe ist; materiell aber nur dann, wenn der Landerbe eine andere Person ist, als der Lehnerbe, und wenn neben dem Landerben kein Erbe zu Lehnrecht vorhanden, das Lehen also an den Herrn zurückfällt.[2])

---

[1]) Diese Vorschrift enthält nur eine Anwendung des im § 534 Tit. 9 Th. I ausgesprochenen allgemeinen Satzes: „Auch dürfen Lehne und Fideicommisse, welche der Erblasser besessen hat, dazu (zu seiner Erbschaft) nicht gerechnet werden."

[2]) Vergl. überhaupt über diesen Gegenstand Homeyer, System des Lehnrechts § 58 S. 523—526.

2. Absonderung der Gerade, der Niftel und des Heergeräthes.[1])

27. Die §§ 502 — 539 dienen nur zur Erklärung dunkler Vorschriften der betreffenden Provinzial- oder statutarischen Gesetze (§ 538).[2]) Das Landrecht erkennt jene Institute als gemeinrechtliche nicht an (§ 539). Dieselben sind auch für das Rechtsleben als abgestorben zu betrachten und haben daher nur noch eine historische Bedeutung.

Bluntschli, Deutsches Privatrecht (3. Aufl. 1864) § 233: Während das römische Recht die ganze Erbschaft als ein einheitliches Vermögen, eine universitas rerum auffaßt, unterscheidet das deutsche Recht verschiedene Bestandtheile in der Verlassenschaft und kennt sogar verschiedene erbrechtliche Folgen in dieselben. Das Heergewäte und die Gerade wurden ausgeschieden aus der übrigen Verlassenschaft, die nun das Erbe hieß . . . Die kriegerische Ausrüstung in Schwert, Harnisch, Streitpferd galt als ein vorzugsweise männliches Gut, welches daher auch einer rein männlichen Succession anheimfalle, nicht den Sippen überhaupt, sondern dem nächsten ausschließlich durch männliche Zeugung verwandten Mann, dem nächsten Schwertmagen . . . Den Gegensatz bildete die Gerade, als ein besonderes weibliches Vermögen, das ebenso von Weib zu Weib durch lauter weibliche Vermittlung an die nächste Niftel überging: ein wiederum in den sächsischen Ländern vorzüglich ausgebildetes Institut . . . Die Unterscheidung des Heergewätes und der Gerade innerhalb der Verlassenschaft veranlaßte indessen leicht Streit zwischen den eigentlichen Erben und jenen besondern Schwertmagen und Nifteln, auch wohl zwischen diesen und den Gläubigern. Das einfachere und allgemeine Prinzip des Erbes wurde daher frühe schon auch an Orten, wo Heergewäte und Gerade Uebung gewesen war, weiter ausgedehnt und verdrängte denn allmälig beide Besonderheiten.[3])

---

[1]) Die deutschen Rechtsquellen s. bei Kraut, Grundriß § 182 Nr. 31 ff.

Vergl. v. Sydow, Darstellung des Erbrechts nach den Grundsätzen des Sachsensp. § 34. Erbfolge in das Heergeräth. § 37. Erbfolge der Nifteln in die Gerade. § 48. Bestandtheile des Vermögens der Ehegatten bei Auflösung der Ehe.

H. Siegel, das Deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters §§ 28. 30. 31. 54. 56. 57.

Brackenhoeft in Weiske's Rechtslex. V. S. 750—753.

Witte, das Preuß. Intestaterbrecht §§ 66—68.

[2]) Suarez, amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R.: Diese §§ (502 — 539) dienen bloß zur Direktion für die Verfasser der Provinzial-Gesetzbücher. Hoffentlich werden aber diese die ganze, auf unsere jetzige Zeiten und Sitten gar nicht mehr passende, altdeutsche Gerade- und Niftel-Succession abschaffen. (v. Kamptz, Jahrb. B. 41 S. 120.)

[3]) Lüb. R. von 1340 Art. 27. „Herewede unde rhade ne schal men nicht

3. Absonderung des Erbschatzes.

28. Die hierher gehörigen Bestimmungen (§§ 540—542) sind kaum der Anführung werth. Sie betreffen ein von unseren Gesetzgebern künstlich geschaffenes und schon darum ganz lebensunfähiges Institut. Das Rechtsleben, das für seine Bedürfnisse selbst zu sorgen weiß, hat das ihm zugedachte wohlgemeinte Geschenk völlig ignorirt, so daß hier nicht einmal von dem Interesse, das eine Antiquität bietet, die Rede sein kann.

4. Absonderung des eigenthümlichen Vermögens des überlebenden Ehegatten, sowie

5. der Schulden.

29. Die hierüber gegebenen, sehr ausführlichen Vorschriften (§§ 543—620) gehören nicht in das uns hier allein beschäftigende Erbrecht der Ehegatten, da sie lediglich Ausflüsse des während des Bestehens der Ehe obwaltenden ehelichen Vermögensverhältnisses sind und nur die Regelung der durch den Tod (gleichwie durch Ehescheidung) eingetretenen Auflösung dieses Verhältnisses zum Gegenstande haben.

---

sunderlike utgeven, er we negest erve is, de nimt beide erve herewede und rhade."

Stadtrecht von Holzminden von 1245 § 10. Nulla hereditas quod vulgo rathe vel herwede (dicitur), dabitur alicui vel infra vel extra civitatem; sed tantum hereditas, quae erve dicitur, dabitur proximo heredi.

Chur-Braunschweig-Lüneburger Constitution wegen Abschaffung des Heergewettes, Gerade und Mußtheils vom 8. Juli 1625 (Chur-Braunschweig-Lüneburg'sche Landes-Ordnungen und Gesetze Vol. II p. 621 f.).

Schwarzburg-Sondershaus. Gesetz vom 8. December 1829 I. § 14. „Jede Art der Gerade und des Heergeräthes ist aufgehoben; die dazu gerechneten Gegenstände werden nicht weiter als eine besondere Gattung des Vermögens angesehen, sondern dem übrigen beweglichen Vermögen völlig gleichgeachtet."

Rechtssprichwort: „Gerade hat viel Ungerades" (Eisenhart III. 12. Hillebrand Nr. 223).

Wir gehen daher sogleich über auf:

6. die Successionsordnung der Ehegatten.[1])

§ 621. «Der solchergestalt ausgemittelte reine Nachlaß des verstorbenen Ehegatten wird unter die nahen Blutsverwandten und den überlebenden Ehegatten vertheilt.»

§ 622. «Für nahe Verwandte werden diejenigen geachtet, welche von dem Erblasser nicht weiter, als im sechsten Grade, voller oder halber Geburt, entfernt sind.»

§ 623. «Hinterläßt der Verstorbene Verwandte in absteigender Linie, so ist der überlebende Ehegatte nur Erbe zum vierten Theil.»

§ 624. «Sind mehr als drei absteigende Linien vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte nur Kindes Theil.»

§ 625. «Hinterläßt der Verstorbene nur Verwandte in aufsteigender Linie, Geschwister, oder Geschwisterkinder ersten Grades, so ist der überlebende Ehegatte Erbe zu einem Drittel.»

§ 626. «Sind nur Verwandte in entfernteren Graden vorhanden, so erbt der überlebende Ehegatte die Hälfte.»

§ 627. «Sind gar keine nahe Verwandte vorhanden (§ 622), so erbt der überlebende Ehegatte den ganzen Nachlaß.»

30. Bereits oben (Nr. 22) ist der auf germanischen Rechtsgewohnheiten beruhenden statutarischen Portion des überlebenden Ehegatten gedacht worden. Die weitere Rechtsentwickelung, der sich auch unser Landrecht angeschlossen hat,[2]) läßt jedoch das den Ehegatten auf Grund

---

[1]) Hierbei wird eine vollgültige Ehe vorausgesetzt. Bei der Ehe zur linken Hand steht keinem Ehegatten gegen den andern ein gesetzliches Erbrecht zu. §§ 895. 903 d. T.
Witte, Preuß. Intestaterbr. § 40.

[2]) Suarez, amtliche Vorträge bei der Schlußrevision des A. L. R.: — Man durfte um so weniger Anstand nehmen, das Jus Romanum in diesem Stücke zu ändern, da wohl sehr wenige Provinzen und Oerter im Preußischen Staate vorhanden sein werden, wo die Röm. Successions-Ordnung unter Ehegatten sich noch wirklich im Gange befände, vielmehr jede Provinz, ja

ihrer innigen Lebensgemeinschaft, in Abweichung vom römischen Recht[1]) neben den Blutsverwandten, ja zum Theil mit Ausschluß derselben eingeräumte wechselseitige Successionsrecht als Erzeugniß eines gemeinen deutschen Rechts[2]) erscheinen, dessen Wurzeln bis in die frühesten Zeiten hinaufreichen.[3])

---

fast jede namhafte Stadt hierin ihre eigenen Gesetze und Statuten hat, die insgesammt darin übereinkommen, daß sie den überlebenden Ehegatten mehr, als das Röm. Recht begünstigen. (v. Kamptz, Jahrb. B. 41 S. 124 f.)

[1]) Nach röm. Recht hat neben den Verwandten nur die arme undotirte Wittwe gesetzlichen Anspruch auf ein Viertel des Erbvermögens ihres wohlhabenden Ehemannes (Nov. 53 c. 6, Nov. 117 c. 5). Auch die Erbfolge der Ehegatten beim Nichtvorhandensein von Verwandten hatte sich erst im prätorischen Recht gebildet. Dig. unde vir et uxor (38, 11), Cod. eod. (6, 18). v. Holzschuher, Theorie und Casuistik (3. Aufl. 1864) II. § 139 und die das. angeführten Schriftsteller. Schirmer, Handb. des Röm. Erbrechts Th. 1 § 13.

Wohl mit Unrecht bezeichnet Köppen (System des heut. röm. Erbrechts S. 52 f.) das Prinzip des römischen Rechts als der Natur der Ehe entsprechend, indem er sagt: „Ueberall ist das Erbrecht mit der Cognation verknüpft, und zwar in einer Abstufung, welche den natürlichen Graden der Innigkeit des Verwandtschaftsverhältnisses entspricht. Wenn daneben die Ehegatten unverändert ihre ursprüngliche Stelle im Erbrecht einnehmen, so beruht dies jetzt ebensowenig wie früher auf einer Verkennung der sittlichen Stellung der Ehegatten zu einander. Im Gegentheil, gerade weil die Römer diese der Natur der Ehe gemäß auffassen, kommen sie zu dem Grundsatze, daß das eheliche Band sich nur in gegenseitiger Liebe gründen, und deshalb von äußeren Vortheilen, weder so lange es besteht, noch wenn der Tod es auflöst, begleitet sein darf. Aus diesem Grunde sind Schenkungen unter Ehegatten nichtig, und aus diesem Grunde giebt auch der Tod des einen Ehegatten dem andern nur eine entfernte Aussicht auf seinen Nachlaß. Wo die wahre eheliche Gesinnung unter beiden besteht, wird jeder den andern durch testamentarische Disposition den individuellen Verhältnissen entsprechend bedenken, und wo dies nicht der Fall ist, wird jedem Anspruch genügt, wenn das Gesetz der dürftigen Wittwe, welche ihren Erhalter verlor, aus dem Vermögen desselben Unterstützung und Hülfe gewährt."

[2]) Das französische Recht ist bei dem prätorischen Edicte unde vir et uxor stehen geblieben. Code civ. art. 767. „Lorsque le défunt ne laisse ni parents au degré successible, ni enfants naturels, les biens de la succession appartiennent au conjoint non divorcé qui lui survit."

[3]) Hasse, Skizze des Güterrechts der Ehegatten nach einigen der ältesten Teutschen Rechtsquellen (in der Zeitschr. für geschichtl. Rechtswiss. IV (1820) S. 60—111). v. Sydow, Darstellung des Erbr. nach den Grundsätzen des Sachsensp. S. 242—294. Siegel, das Deutsche Erbrecht nach den Rechtsquellen des Mittelalters S. 142 ff. Kraut, Grundriß § 200 f. § 221. K. Witte, das Preuß. Intestaterbr. § 19. — Die deutsche Rechtssitte gibt

Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. II art. 12 nr. 18 sq.: Ratio hujusmodi statutorum dependet ex ista conjunctione et societate, quae inter conjuges est, non solum ex statutis, quae varie eam definiunt, sed secundum naturam et jus divinum. Cum enim conjuges sint unum quodammodo corpus et una anima, omnis ejusque individuae vitae consortes, divini atque humani juris socii, utriusque fortunae et casuum participes, rerum omnium constante matrimonio quadantenus condomini et compossessores, onera et adversa matrimonialia communiter patiantur, nemo non ea statuta, quae non modo inter vivos societatem eam extendunt, sed et post unius mortem ob amorum et laborum praemium, ob amissam cordis partem solatium, et ademto charissimo vitae adjutore ex bonis ad victum et honestum cultum subsidium afflictis viduis relinquunt, pia, justa et aequa censebit.

Groenewegen, de legib. abrog. et inusitat. ad C. VI tit. 18 l. 1: Universum jus civile succedendi ab intestato, et consequenter etiam hunc titulum (unde vir et uxor) abrogarunt Domini Hollandiae et Westfrisiae Ordines (pol. Ord. art. 19) adde quod hoc inter conjuges succedendi jus in hisce regionibus nunquam receptum aut observatum fuisse testantur Neostad. Suprem. Cur. dec. 71. Grotius Introd. l. 2 p. 30 § 5 sq. Christin. vol. 6 decis. 62. idque propter conjugalem bonorum communionem, quam huic successioni surrogasse videntur mores nostri.

Schilter, Exercit. ad P. XLI § 20: — Verum autem est non tantum Saxonico, sed jure Teutonico generatim, quod uxor sit in potestate viri, et quod cum liberis capiat portionem. Ludovicus Pius Imperator constituit: „volumus ut uxores defunctorum post obitum maritorum tertiam partem conloborationis quam simul in beneficio (feudo) conlaboraverunt accipiant. Et de his rebus quas is qui illud beneficium habuit aliunde adduxit vel comparavit, vel ei ab amicis suis conlatum est, has volumus tam ad orphanos defunctorum quam ad uxores eorum pertinere.“ Adversatur itaque principiis juris Teutonici, uxorem sive viduam haberi pro extranea persona, quum lege in participationem hereditatis recepta sit . . .

Constitut. elector. Saxon. P. III const. 20. „— Stirbet der Mann vor seinem Weibe und lässet nach sich Kinder von der

---

sich auch in einer Reihe deutscher Rechtssprichwörter kund: „Längst Leib, längst Gut.“ — „Langes Leben, langes Gut.“ — „Der Letzte macht die Thür zu.“ — „Wer das Andere überlebt, zeucht die Schanz gar.“ — „Wer den Kopf hat, schiert den Bart.“ — „Ein Gut und Ein Blut.“ — „Hut bei Schleier und Schleier bei Hut.“ Hillebrand, Deutsche Rechtssprichwörter (Zürich, 1858) Nr. 184. 186—191.

ersten und andern Ehe, eines oder mehr, so soll sein Weib, ohne Unterschied, ob sie arm oder reich, nach Bezahlung derer Schulden, aus allen ihres verstorbenen Mannes übrigen Güthern, einen vierten Theil nehmen und haben. Ließ aber der verstorbene Mann keine Kinder, so soll seinem überlebenden Ehe-Weibe aus seiner Verlassenschaft, nach Ablegung derer Schulden, ein Drittheil folgen, und die Frau in beyden Fällen alle ihre eingebrachte, anererbte und andere Güter zusamt der Gerade in die gemeine Theilung zu bringen schuldig seyn; jedoch soll der Frauen . . . frey stehen, ob sie zu ihrem eingebrachten Guth, oder aber nach Gelegenheit derer Fälle zu dem vierten oder dritten Theil greiffen will, und ihr solche Wahl, ohne Unterschied, es hätte der verstorbene Mann Kinder oder nicht, in einem oder dem andern Fall, wie obstehet, gelassen werden." const. 22. „— Dem Manne gebührt nach Sachsen-Recht die Fahrniß . . ." [1])

Baierisches Landrecht (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 6 § 35. „Obschon nach gemeinem geschriebenen Rechte das überlebende Ehegemächt, wenn solches arm und ohne Heirathsgut ist, den vierten Theil von des Verstorbenen Vermögen, oder da mehr, als drey Kinder vorhanden sind, einen gleichen Kindes-Theil überkommt, oder allenfalls bey ermangelnden anderen Erben und Blutsbefreundten in der völligen Verlassenschaft succedirt, so ist doch dieses in hiesigen Landen niemal üblich gewesen, und soll auch hinführo nicht darauf gesehen, sondern falls weder durch Bedingnisse, noch letzten Willen, eine andere Fürsehung von Succession der Eheleute geschieht, alsdann lediglich dasjenige beobachtet werden, was in nächstfolgenden §§ von den unterschiedlichen vier Todesfällen deutlich verordnet ist ꝛc." [2])

---

[1]) Vergl. Polizey-Ordnung des Hertzogth. Magdeburg von 1688 Kap. 44 §§ 36. 37.

Von älteren Stadtrechten seien angeführt:

das alte Freyberger Stadt-Recht (nach dem Originalcodex abgedruckt in Schott's Samml. zu den Deutschen Land- und Stadtrechten Th. III S. 155 f.) Kap. I § 1. 7;

Statuta der Stadt Zeitz von 1562 Art. 15 (ebendas. I. S. 283 f.);

Statuta der Stadt Guben von 1604 Art. 4 (ebendas. II. S. 126);

Statuta von Nördlingen von 1650 Tit. 7 § 1. 2 (ebendas. II. S. 228);

Statuta von Gerau von 1658 Kap. 71 § 1. 2. 5 ff. (ebendas. I. S. 193 f.);

Statuta von Budißin von 1678 P. II tit. 1 tit. 2 (ebendas. II S. 19 f.);

Statuta des Städtchen Seidenberg in der Ober-Lausitz von 1698 Art. 43 f. (ebendas. II. S. 183).

[2]) v. Kreittmayr, Anmerkungen über den Cod. Max. Bav. civ. a. a. O. Nr. 1 ff.

Oesterreich. bürgerl. Gesetzb. § 757. „Dem überlebenden Ehegatten des Erblassers gebührt ohne Unterschied, ob er eigenes Vermögen besitze oder nicht, wofern drei oder mehrere Kinder vorhanden sind, mit jedem Kinde ein gleicher Erbtheil; wenn aber weniger als drei Kinder vorhanden sind, der vierte Theil der Verlassenschaft zum lebenslangen Genusse; das Eigenthum davon bleibt den Kindern."

§ 758. „Ist kein Kind, aber ein anderer gesetzlicher Erbe vorhanden, so erhält der überlebende Ehegatte das unbeschränkte Eigenthum auf den vierten Theil der Verlassenschaft . . . ."

§ 759. „Wenn aber weder ein Verwandter des Erblassers in den oben angeführten sechs Linien, noch ein anderer aus den in den §§ 752 — 756 berufenen Erben vorhanden ist, so fällt dem Ehegatten die ganze Erbschaft zu . . ." [1])

Bürgerl. Gesetzbuch für das K. Sachsen § 2049. „Bei dem Ableben eines Ehegatten erbt von dessen Vermögen der überlebende Ehegatte ein Viertheil, wenn er mit Abkömmlingen des Erblassers zusammentrifft." [2])

§ 2052. „Wenn der Ehegatte mit Eltern, Voreltern, Geschwistern oder mit Abkömmlingen der Geschwister des Erblassers zusammentrifft, so erhält er die Hälfte der Erbschaft."

§ 2053. „Hinterläßt ein Ehegatte nur Verwandte der im § 2026 unter Nr. 4 genannten Classe,[3]) so erhält der überlebende Ehegatte die ganze Erbschaft." [4])

---

[1]) Unger § 35.

[2]) In besonderen Fällen, welche in den §§ 2050, 51 vorgesehen sind, erhält der Ueberlebende ein Drittheil der Erbschaft.

[3]) Die Seitenverwandten des Erblassers mit Ausschluß der Geschwister und deren Abkömmlinge.

[4]) Siebenhaar, Com. III S. 217: Im Sächsischen Recht bestand neben dem Erbrecht, welches sich auf das Edict unde vir et uxor gründete, ein Recht der Ehefrau auf die nach Analogie des Erbrechts der dürftigen Wittwe gebildete s. g. statutarische Portion, ingleichen ein Erbrecht des Ehemannes an dem gesammten Mobiliar-Nachlasse der Ehefrau. Dieses gegenseitige Erbrecht der Ehegatten, welches vielleicht weniger in der äußeren Erscheinung hervortrat, als es materiell begründet war, ist in dem Erbfolgemandate vom 31. Januar 1829 weiter fortgebildet worden, und es steht nach diesem soviel fest, daß die Ehegatten nicht blos ein gegenseitiges Erbrecht haben, sondern auch pflichttheilsberechtigt sind. Auf der Basis, welche in dem Erbfolgemandat gelegt worden ist, hat das B. G.-B. fortgebaut, indem es das vorhandene Recht in seinem Geiste unserem Rechtsbewußtsein, unsern Bedürfnissen und dem dem ehelichen Bunde unterliegenden sittlichen Elemente entsprechend fortgebildet hat.

31. Der überlebende Ehegatte ist nach unserem Recht wahrer Erbe.[1]) Hiermit ist aber noch nicht die Frage entschieden:

ob ihm im Verhältniß zu den vom Gesetz neben ihm berufenen Verwandten ein Anwachsungsrecht zustehe.

Daß der Wegfall des einen oder andern dieser Verwandten (sei es durch Ausschlagung oder Enterbung)[2]) auf die Bestimmung des Erbtheils des überlebenden Ehegatten Einfluß hat, ist unbestreitbar. Aber dieser Einfluß macht sich nicht durch das Anwachsungsrecht geltend. Die gesetzliche Erbfolge der Ehegatten neben den Blutsverwandten des Verstorbenen hat das Eigenthümliche, daß dem überlebenden Ehegatten, bestimmten Klassen von Verwandten gegenüber, ein nach Verschiedenheit dieser Concurrenz verschieden bestimmter Erbtheil vom Gesetz zugewiesen ist. Hierbei kommt aber immer nur die wirklich eintretende Concurrenz in Betracht, weil nur nach dieser die Erbfolge sich gestaltet. Der ausfallende Blutserbe kann dem überlebenden Ehegatten keine Concurrenz machen, weil er in Wahrheit mit dem Letzteren nicht zusammentrifft. Sein Ausfall hat daher nothwendig die Wirkung, daß die Erbfolge sich so bestimmt, als wenn er bei dem Todestage des Erblassers gar nicht vorhanden gewesen wäre.[3])

---

[1]) Witte, das Preuß. Intestaterbr. S. 87 f.: — Nicht nur wird der succedirende Ehegatte ausdrücklich und mehrfach Erbe genannt, sondern seine Succession der Erbfolge der Verwandten völlig gleich und der Singularsuccession in den Voraus gegenübergestellt. Auch erkennen die deutschen Statuten, wenigstens die neueren, die erbschaftliche Qualität der statutar. Portion deutlich an und das Landr. läßt unter Umständen den Ueberlebenden als einzigen Nachfolger zu. Hieraus ergibt sich denn, daß die Grundsätze über Verpflichtung, die Erbschaftsschulden zu bezahlen, über Antretung mit oder ohne Vorbehalt, über Versäumniß der Inventarserrichtung u. s. w. auch auf den conjux superstes anzuwenden sind.

Dasselbe gilt nach Oesterreichischem wie nach Sächsischem Rechte. Auch nach gemeinem Recht wird der armen Witwe von einigen Rechtslehrern (Arndts in Weiske's Rechtslex. V. S. 698 Note 178 und Schirmer, Handbuch des Röm. Erbrechts § 13 Note 15) ein eigentliches Miterbrecht beigelegt, von andern aber (v. Vangerow II. § 488 Nr. 5) ihr abgesprochen.

[2]) Bei der gesetzlichen Erbfolge kann von einem Anwachsungsrechte immer nur die Rede sein, wenn einer der Erben nach dem Erbanfalle ausscheidet, da nur die im Momente des Todes des Erblassers vorhandenen nächstberechtigten Verwandten als Erben berufen sind.

[3]) Vergl. B. I S. 119 f.

Hiernach ist es vollkommen richtig, wenn Witte (S. 88) behauptet:

a) daß (im Falle des § 624) durch das Ausfallen eines von mehreren Kindern die dem Ueberlebenden gebührende Portion sich aus einem Kopftheil in ein Viertheil verwandeln kann;

b) daß ebenso, wenn der einzige vom Erblasser hinterlassene Descendent ausfällt, der Ehegatte den nunmehr eintretenden Geschwistern oder Ascendenten gegenüber ein Drittheil, oder in deren Ermangelung den übrigen nahen Verwandten gegenüber die Hälfte des Nachlasses erhält; ja daß,

c) wenn nächst dem Verwandten, in Concurrenz mit welchem dem Ehegatten nur ein Theil der Erbschaft gebührte, bloß Verwandte des siebenten und fernerer Grade vorhanden sind, im Falle Ersterer ausschlägt, die dem Ehegatten ursprünglich deferirte Portion sich nunmehr in die ganze Erbschaft verwandelt.[1])

Allein diese Sätze lassen sich nicht als rechtliche Folgen eines dem überlebenden Ehegatten zustehenden Anwachsungsrechtes bezeichnen. Nicht der erledigte Erbtheil fällt dem miterbenden Ehegatten ganz oder theilweise zu und bewirkt daher eine Erweiterung des ihm ursprünglich vom Gesetz zugewiesenen Antheils, sondern das Theilungsprinzip selbst, welches erst den Erbtheil des Ehegatten bestimmt, erfährt eine Aenderung. Wird dieses Theilungsprinzip nicht berührt, so hat das Wegfallen eines Verwandten auf die Bestimmung des Erbtheils des Ehegatten überhaupt keinen Einfluß. So z. B. wenn in der in den §§ 625, 626 gedachten Klasse von Verwandten der eine oder der andere wegfällt.[2])

---

[1]) Mit Unrecht werden diese Sätze von Bornemann (VI S. 222 f.) bestritten, indem er auszuführen sucht, daß man bei Anwendung des Prinzipes, wonach es bei Bestimmung der Erbportion des überlebenden Ehegatten nicht auf die Anzahl und Qualität derjenigen Personen, welche beim Todestage des Erblassers an sich dessen nächste Erben gewesen sind, und ohne das Dazwischentreten besonderer Umstände die Miterben des überlebenden Ehegatten geworden wären, sondern auf die Qualität derjenigen Personen ankomme, welche die Miterben des Ehegatten wirklich geworden sind, in Verwickelungen gerathe, die dessen Richtigkeit bedenklich machen, daß vielmehr nichts übrig bleibe als die Aufgebung jenes Grundsatzes und die Berechnung der Erbportion nach der Qualität resp. Zahl derjenigen Personen, welche am Todestage des Erblassers an sich dessen nächste Erben waren.

[2]) Dies erkennt auch Witte an, indem er bemerkt (S. 88): So viel versteht sich von selbst, daß, wenn der Ueberlebende z. B. mit zwei Brüdern des Verstorbenen concurrirt, also $1/3$ erhält, diese Portion dadurch, daß Einer von den beiden Letzten die Erbschaft ausschlägt, oder sie zu erwerben unfähig

Auch die älteren Rechtslehrer erkennen ein jus accrescendi in Betreff des überlebenden Ehegatten nicht an.[1])

32. Mit Recht wird von Witte (S. 84 f.) darauf aufmerksam gemacht, daß das dem überlebenden Ehegatten den Ascendenten und nächsten Seitenverwandten gegenüber zugetheilte Erbrecht mit der eigenen Erbfolgeordnung dieser Verwandten nicht in gehörigem Einklange steht. Es kann in dieser Hinsicht auf seine durch einzelne Beispiele erläuterten Ausführungen Bezug genommen werden.[2])

---

ist, in keiner Art vergrößert wird; denn die Zahl der zur Succession concurrirenden Brüder hat auf die Mehrung oder Minderung des Erbtheils der Ehegatten keinerlei Einfluß.

[1]) Andr. Kohl, tract. de succ. conjug. P. II n. 108 sq.: Superstiti conjugi jus accrescendi non competit. Quamvis enim unus aut alter ex liberis repudiet, ejus portio ceteris liberis accrescit, non autem superstiti conjugi, quia inter succedentes diverso jure, non est locus juri accrescendi . . .

Vergl. S. Stryk, de success. ab intest. Diss. IV § 28: — Quaestionis est: an, si aliquis ex liberis cum superstite conjuge in successione concurrentibus deficiat vel portionem suam repudiet, conjugi jus accrescendi competat? Et hoc recte negat Kohl (l. c.). Sed rationem negationis si inquiramus, sine dubio ad quaestionem praejudicialem recurrendum, quia superstes conjux non est heres, vel non jure hereditario succedit; ergo nec jure accr. gaudere potest. Si vero heres esset, jus accr. injuste superstiti denegaretur . . . Quod eo evidentius apparet ex casu sequenti: Decedit aliquis, relicta uxore et filio unico; filius repudiat portionem sibi competentem, quaeritur, an pars deficiens acquiratur uxori? Nemo hic superest ex illis defuncti liberis, et tamen uxori non acquiritur, sed potius portio vacans ad ascendentes devolvitur, et quidem recte. Kohl n. 109. Sed inde tamen apparet, si heres esset uxor, ascendentes in portione vacante eidem praeferendi non essent.

Vergl. Schirmer, Handbuch des Röm. Erbrechts Th. I § 13 Note 22.

[2]) Vergl. auch die Motive der Gesetz-Revisoren, Pensum XVI. S. 269.

§ 628. «In allen Fällen, wo der überlebende Ehegatte mit Verwandten des Verstorbenen in der aufsteigenden oder Seitenlinie an der Erbschaft Theil nimmt, gebührt demselben alles Bett- und Tischzeug, welches die Eheleute im gewöhnlichen Gebrauche gehabt haben, zum voraus.»

§ 629. «Ein Gleiches gilt von Möbeln und Hausrath, insofern dieselben nicht als Zubehör eines Grundstückes oder einer Gerechtigkeit anzusehen sind.»

§ 630. «Von diesen voraus verschafften Stücken darf der überlebende Ehegatte, zur Bezahlung der Schulden des Verstorbenen, nur insofern beitragen, als der übrige Nachlaß dazu nicht hinreicht.»

33. Baierisches Landr. (Cod. Max. Bav. civ.) Th. I Kap. 6 § 38. „Stirbt der Mann vor der Frau, oder die Frau vor dem Manne ohne Kinder von dieser oder voriger Ehe, so giebt das überlebende Ehegemächt den Erben des Verstorbenen hinaus: 1mo Alles, was ihm von demselben zugebracht worden, außer des Ehebettes . . ."

Privatrechtliches Gesetzbuch für den K. Zürich § 1946. „Ueberdem ist die überlebende Ehefrau berechtigt, das Bett des Mannes . . . zu begehren." § 1956. „In allen Fällen verbleibt dem überlebenden Ehemann — das Bett der Frau zu eigen."

Aus der Vorschrift des § 630 geht hervor, daß dieses, dem Heergeräthe und der Gerade analoge Präzipuum als Singular-Succession aufzufassen ist, daß daher insoweit der überlebende Ehegatte für die Schulden nur gleich einem Legatar haftet.[1])

---

§ 631. «Die Hälfte der durch das Gesetz dem überlebenden Ehegatten bestimmten Erbportion ist als ein Pflichttheil anzusehen.»

§ 632. «Diesen Pflichttheil kann ein Ehegatte dem anderen nur wegen solcher Verschuldungen schmälern, oder gar entziehen, die ihn berechtigt haben würden, auf Scheidung anzutragen.»

§ 633. «Uebrigens gilt von diesem Pflichttheil Alles, was

[1]) Witte a. a. O. S. 86. Erkenntniß unseres Ob.-Trib. vom 17. November 1852 (Striethorst, Archiv B. 8 S. 44 f.).

von der Legitima überhaupt im folgenden Titel verordnet ist.»

34. Während die eigentliche **Portio statutaria** ihrem vollen Betrage nach sich als Pflichttheil darstellt,[1] wird bei der Erbfolge der Ehegatten nach **gemeinem Landrechte** die Hälfte der darnach dem überlebenden Ehegatten zugewiesenen Erbportion als Pflichttheil angesehen. Unser Landrecht weicht in diesem legislativ schwierigen Punkte[2] von mehreren älteren[3] wie neueren Gesetzgebungen[4] ab, während es

[1] S. oben Nr. 25.

[2] **Unger** § 78 Note 7: — Die legislative Frage, ob dem überlebenden Gatten ein Pflichttheilsrecht oder nur ein Alimentationsanspruch zu gewähren sei, ist eine schwierige. Für die Gewährung eines Pflichttheilsrechts spricht die Innigkeit des ehelichen Verbandes, welcher mindestens ebenso enge ist, als der zu den Eltern des Erblassers; dagegen spricht für die bloße Gewährung eines Alimentationsanspruchs die begründete Erwägung, daß dort, wo die wahre eheliche Gesinnung vorhanden ist, jeder Gatte den andern durch freiwillige Verfügung in entsprechender Weise bedenken wird, so daß es vollkommen genügt, wenn nur dem überlebenden dürftigen Gatten ein gesetzlicher Anspruch auf Unterstützung aus dem Vermögen des verstorbenen Gatten für den Fall gewährt wird, daß nicht schon in anderer Weise für ihn gesorgt ist.

[3] Fränckische Land-Ger.-Ordn. von 1618 Th. III Tit. 88 § 1. „— Es ist auch von solchen Güthern (der Eheleute) eines dem andern durch Geschäfft wenig oder viel zu verlassen, unsern alten Land-Rechten nach, nicht schuldig." § 2. „Wir wollen aber demnach allhier die Eheleute der Ehr und Treue, so ein frommes Ehemensch dem andern erweiset, erinnert, auch zugleich ermahnet haben, dieweil beyde, Mann und Weib, in unserm Stifft des Hertzogthums zu Francken fast zugleich die Bürden der Ehe tragen und mehrentheils härtiglich arbeiten müssen, sie sich obgehörter Freyheit nicht leichtlich gebrauchen, und eines des andern Ehegenoß so sich ehrlich und wohl im Ehestand verhalten, in dem Testament nicht allerdings vergessen wolle."

Fürstl. Bamberg'sches Land-Recht von 1769 Th. I Cap. 1 Tit. 1 § 5. „Außer deme, was im vorigen § gedacht worden, ist weder der Mann dem Eheweib, noch dieses jenem auf den Fall, daß sie mit einem letzten Willen von der Welt scheiden wollten aus ihrem Vermögen etwas besonders zu vererben, oder zu verschaffen schuldig, jedoch tragen Wir das Vertrauen gegen die Ehe-Leut, daß sie sich ihres Ehelichen Stands, und daß sie in solchen nicht als Knecht und Mägd, sondern mit vereinigter Zuneigung leben sollen, von selbst erinnern, folglich im Fall eines errichteten letzteren Willens, und wann zumalen keine Kinder vorhanden, einander nicht völlig unbedacht lassen werden."

[4] Oesterreich. bürgerl. Gesetzbuch § 796. „Ein Ehegatte hat zwar kein Recht auf einen Pflichttheil; es gebührt ihm aber, wenn für den Fall des Ueber-

sich (abgesehen von der Höhe des Pflichttheils) mit anderen in Uebereinstimmung befindet.

Bürgerl. Gesetzb. für das K. Sachsen § 2578. „Der Pflichttheil der Ehegatten besteht, wenn sie mit Abkömmlingen zusammentreffen, in den ihnen nach §§ 2049, 2050, 2051 zukommenden Erbtheilen."

§ 2579. „Trifft der überlebende Ehegatte mit den Verwandten der zweiten oder dritten Classe des gestorbenen Ehegatten zusammen, so gebühren ihm zwei Drittheile seines gesetzlichen Erbtheiles als Pflichttheil."

§ 2580. „Hat der gestorbene Ehegatte nur Verwandte der vierten Classe hinterlassen, so gebührt dem überlebenden Ehegatten die Hälfte der Erbschaft als Pflichttheil."

Privatrechtl. Gesetzb. für den K. Zürich § 2038. „Der überlebende Ehegatte ist bis auf drei Viertheile[1]) der durch das Gesetz ihm angewiesenen erbrechtlichen Vortheile gegen beeinträchtigende letztwillige Verordnungen des Erblassers zu schützen. Sind keine erbfähigen Verwandten da und wird deßhalb der überlebende Ehegatte erbberechtigt, so bleibt der Schutz desselben der nämliche, wie wenn erbfähige Verwandte der großelterlichen oder urgroßelterlichen Parentel vorhanden wären."

Großherz. Hessischer Entwurf Abth. III Art. 114. „— Der Pflichttheil des überlebenden Ehegatten besteht in der Hälfte dessen, was — der Ehegatte geerbt haben würde, wenn der Erblasser ohne letzten Willen verstorben wäre."

35. Die Vorschrift des § 632 entspricht der des § 499 und findet sich auch in älteren deutschen Partikularrechten.[2])

Erneuert. Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. III Tit. 19 § 1. „— Wann ein Ehegemächt das ander

---

lebens keine Versorgung bedungen worden ist, und so lange er nicht zur zweiten Ehe schreitet, der mangelnde anständige Unterhalt . . ." (Nach dem westgal. Gesetzb. II. § 562. 568 hatte der Ehegatte noch ein Pflichttheilsrecht auf ein Drittel seiner Intestatportion. Unger a. a. O.)

[1]) Bluntschli, Erläut. IV S. 124: Der Entwurf hatte in Uebereinstimmung mit dem bisherigen Recht die Hälfte vorgeschlagen. In der Commission wurde jedoch der Antrag auf eine Erweiterung dieses Pflichttheilsrechts auf drei Viertheile gestellt, weil der Pietätsverband der Ehegatten enger sei als der der Geschwister und mindestens so enge als der zu den Eltern des Erblassers.

[2]) Vergl. dagegen Sachsensp. B. I Art. 5 § 2. „Wif mach mit unkuschheit irs lives ire wifliken ere krenken; ire recht ne verluest se dar mede nicht noch ir erve." Dieser Rechtssatz ist auch in die Goslar'schen Statuten übergegangen. Göschen, die Goslar'schen Statuten S. 134.

zwey Jahr lang muthwilliger weise deseriert und verlassen, oder gantz hart und ohnverantwortlich mit schlagen, schänden oder schwächen, tractirte, oder sonsten gegen dem andern eine solche Sach begienge, die (vermög Unserer Ehe-Ordnung) zur Ehescheidung genugsamb were, daß solches Ehegemächt auch deßhalben enterbt werden möge."

§ 2. „Deßgleichen sollen auch alle andere der Elter und Kinder Enterbung halben hie oben erzehlte Ursachen gegen denn Ehegemächten zu jhrer Enterbung genugsamb und erheblich seyn; Jedoch daß diese Ursachen durch den Testirer in seiner Disposition außtrucklich vermeldt und gesetzt, auch (im Fall das enterbt Ehegemächt solcher Ursachen nicht geständig) durch die andern eingesetzten Erben bewiesen werden." [1])

Erneuert. Land-Recht der Churf. Pfaltz bey Rhein Th. IV Tit. 16 § 1 (s. oben S. 519).

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verbess. L.-R. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. XII Art. 5 § 6: „— wo ein Ehegatte vergessentlich den andern verlassen, ihme keine eheliche Beywohnung noch Hülff bey der Haußhaltung, als sich das gebührt, geleistet, sondern ohne redliche Ursachen muthwilliger Weise verlassen: Sol solch schuldiger Ehegatte an des Verstorbenen Gütern, dieser Unser Ordnung nach, kein Vortheil oder Genieß, sondern dies alles gäntzlich verwirkt haben, und des Verstorbenen nechsten Erben oder Befreundten zufallen . . ." [2])

---

[1]) Dieselben Bestimmungen enthält auch das Land-Recht der Markgrafsch. Baaden rc. von 1710 Th. V Tit. 19.

[2]) Von neueren Gesetzbüchern bestimmen:

das Sächsische § 2582. „Ein Ehegatte kann seinen Ehegatten ganz oder theilweise von dem Pflichttheile ausschließen, enterben, wenn dieser die Eingehung der Ehe durch Zwang oder Betrug veranlaßt, während derselben sich eines Ehebruchs schuldig gemacht, ihm nach dem Leben getrachtet, ihn böslich verlassen, oder sich eines Verbrechens, welches im gesetzlichen Strafsatze mit Zuchthaus oder einer höheren Strafe bedroht ist, gegen ihn schuldig gemacht hat, vorausgesetzt, daß, soviel den Ehebruch betrifft, der Erblasser nicht ebenfalls die eheliche Treue verletzte."

das Zürcherische § 2053. „Die nämlichen Gründe, welche zur Ausschließung eines Erben von dem Pflichttheil berechtigen (§ 2042), finden analog auch auf das Verhältniß der Ehegatten Anwendung und rechtfertigen es, wenn ein Ehegatte den andern von dem ihm gesetzlich zukommenden Vortheil in seiner Verlassenschaft ausschließt . . ."

Vergl. den Großherz. Hessischen Entwurf Art. 117 (s. unten S. 536).

36. Ueber die Frage:

ob auch solche Scheidungsursachen noch als Enterbungsgründe geltend gemacht werden können, die zur Zeit der Enterbung (Testamentserrichtung) bereits als verjährt oder verziehen anzusehen waren,

sagt Welter, Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen (Paderb., 1861) S. 366:

> Die Scheidungsursachen, wenn sie auch nach den allgemeinen Grundsätzen des Ehescheidungsrechts und für den Ehescheidungsprozeß als verziehen oder als verjährt anzusehen sind, bleiben darum doch noch selbstständige Gründe für die Enterbung, eben weil ihre Geltendmachung als Enterbungsursachen an keine Frist gebunden ist, und ein Verzeihen der Ursache zur Scheidung, wozu der Ehegatte seine guten Gründe haben konnte, noch nicht den Verzicht auf das davon ganz unabhängige Recht der Enterbung in sich schließt. Für dieses ist und bleibt entscheidend, daß thatsächlich eine Ursache vorgewaltet hat, die an und für sich zur Scheidung berechtigt haben würde.[1])

Der Entwurf des Provinzialrechts der Kurmark Brandenburg enthält dagegen die Bestimmung:

Art. 453. „Ein märkischer Ehegatte kann dem überlebenden andern Ehegatten sein statutarisches Erbtheil durch ein Testament in dem Falle entziehen, schmälern oder beschränken, wenn derselbe erweislich solche Handlungen sich hat zu Schulden kommen lassen, die die Trennung der Ehe und die Verurtheilung des Ueberlebenden als den allein schuldigen Theil begründet haben würden, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Ehescheidungsklage angestellt worden wäre."[2])

---

[1]) Derselben Ansicht ist Bornemann VI S. 225, 226, welcher zugleich auf die Analogie der §§ 414—416 Tit. 2 Th. II hinweist. Dagegen sind die Gesetz-Revisoren (Pensum XVI S. 27) der Meinung: wenn das Recht, den Pflichttheil der Ehegatten zu schmälern nur bei dem Rechte, auf Scheidung zu klagen, ausgeübt werden kann, so findet es auch nicht mehr statt, wenn dem Schuldigen sein Vergehen verziehen worden, oder wenn die Verzeihung nach den Gesetzen deshalb angenommen werden muß, weil der Beleidigte innerhalb der gesetzlichen Frist nicht auf Scheidung geklagt hat.

[2]) Der Verfasser dieses Entwurfes C. Scholtz (2. Abth. 2. Th. S. 265) bemerkt dazu: Es verstehe sich von selbst, daß das Vergehen zur Zeit des Todes des Erblassers noch nicht als verziehen anzusehen sein müsse, sondern die Ehescheidungsklage noch begründen würde, wenn solche zur Zeit des Todes angestellt worden wäre.

Noch weiter geht der Hessische Entwurf Art. 117. „Der Erblasser kann dem überlebenden Ehegatten den Pflichttheil gänzlich entziehen, wenn der Letztere eine Handlung begangen hatte, die den anderen Ehegatten zu einer

37. Der im § 632 gebrauchte Ausdruck „Verschuldungen" macht es unzweifelhaft, daß die in unverschuldeten Umständen beruhenden Scheidungsursachen keinen Enterbungsgrund abgeben können. Es werden daher hier immer nur solche Scheidungsgründe vorausgesetzt, welche den anderen Ehegatten als schuldigen Theil erscheinen lassen.

38. Im Uebrigen ist auf folgende Präjudizien unseres Ober-Tribunals hinzuweisen:

Erkenntniß vom 16. November 1840 (Präj. 944): Auf den Pflichttheil, welchen ein überlebender Ehegatte aus dem Nachlasse des zuerst verstorbenen fordert, finden die allgemeinen Vorschriften vom Pflichttheil überhaupt, welche die Einforderung, Belastung und Entziehung desselben, so wie die Anrechnungen darauf betreffen, Anwendung; nicht aber die Bestimmungen über die Folgen der Uebergehung eines Kindes oder Enkels des Erblassers in der letzten Willensverordnung.

(Entscheid. B. 7 S. 1 f.)[1]

Erkenntniß vom 1. October 1852: Der auf den Pflichttheil eingesetzte Ehegatte kann außer demselben nicht noch sonstige, dem Ueberlebenden im Gesetz vorbehaltenen Vortheile in Anspruch nehmen.

(Striethorst, Archiv B. 6 S. 357 f.)

Erkenntniß vom 17. November 1852: Der Pflichttheil des überlebenden Ehegatten umfaßt nicht das Voraus der §§ 628 f. Tit. 1 Th. II. A. L. R.

(Ebendas. B. 8 S. 44 f.)

Klage auf Scheidung berechtigte und der Erblasser nach Anstellung der Klage auf Scheidung vom Bande stirbt, ohne daß eine Aussöhnung erfolgt, oder die Klage zurückgenommen worden war."

[1]) Vergl. die zustimmenden Bemerkungen Koch's in seiner Beurtheilung der ersten zehn Bände Entscheid. des Ob.-Trib. S. 463 f.

V. Bei bestandener Gütergemeinschaft.[1])

A. Allgemeine Gütergemeinschaft.

§ 634. «Die Gemeinschaft der Güter unter Eheleuten wird durch den Tod des einen von ihnen geendigt.»

§ 635. «Es muß daher vor allen Dingen das gemeinschaftliche Vermögen von dem, was nicht in die Gemeinschaft gekommen ist, abgesondert werden.»

§ 636. «Was von Letzterem dem einen oder anderen Ehegatten eigenthümlich gehört, wird in Ansehung der Erbfolge, und sonst, nach den Vorschriften des gemeinen Rechts beurtheilt.»

§ 637. «Von dem gemeinschaftlichen Vermögen nimmt der überlebende Ehegatte die eine Hälfte als sein Eigenthum zurück.»

§ 638. «Die andere Hälfte wird als der Nachlaß des verstorbenen Ehegatten angesehen.»

39. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht (Oldenburg, 1841) S. 75 f.:

> Da das ganze Verhältniß der Gütergemeinschaft nur für den Bestand der Ehe einen Zweck hat, so löset es sich mit Aufhebung der Ehe von selbst auf, und das Vermögen der Frau, von der Hand des Mannes frei, fällt an sie oder ihre Erben zurück . . . Aber an dem Vermögensantheil des Verstorbenen hat der überlebende Ehegatte aus der bestandenen Gütergemeinschaft kein Recht: es können ihm darin Successionsrechte, zu Eigenthum oder Leibzucht, nur durch einen besonderen Titel zukommen; und wenn solche sich auch historisch dem in der Ehe bestandenen Verhältnisse analog — bei der eigenthümlichen Gütergemeinschaft in längst Leib längst Gut zu Eigenthum, bei der nießbräuchlichen in längst Leib längst Gut zu Nießbrauch — ausgebildet und auf die Gestaltung des Verhältnisses während der Ehe zurückgewirkt haben: so darf juristisch das

[1]) Suarez, amtliche Vorträge bei der Schluß-Revision des A. L. R. (v. Kamptz, Jahrb. B. 41 S. 125): „Da die Provinzialgesetze bei der Communione bonorum quoad Successionem fast noch mehr als bei dem inter vivos entstehenden Verhältnissen von einander abweichen, so konnte man hier ganz unbedenklich eine Theorie aus freier Hand bilden, ohne sich für Abweichungen von diesem oder jenem Provinzialrecht zu scheuen."

eine doch nicht als Rechtsgrund oder als Rechtsfolge des anderen angesehen werden.[1])

Bluntschli, Deutsches Privatrecht (3. Aufl. 1864) § 209: Bei der allgemeinen Gütergemeinschaft (communio bonorum universalis) wird in der Regel alles Gut, sowohl das in die Ehe zugebrachte als das während der Ehe erworbene liegendes und fahrendes, zu einer gemeinen Masse, in welcher keine Bestandtheile genetisch unterschieden und an welche keine ideellen Theile gedacht werden. Nur ausnahmsweise haben dann einzelne Vermögensrechte eine besondere und ausschließliche Beziehung zu einem der beiden Ehegatten. Das gemeine Gut fällt nach dem Tode eines Ehegatten nach den einen Rechten an den überlebenden Ehegatten, nach den andern wird es unter diesen und die Erben des Verstorbenen getheilt.[2])

---

[1]) Mit Recht hat jedoch unser höchster Gerichtshof stets an der Ansicht festgehalten, daß die in Beziehung auf das Gütergemeinschaftsverhältniß und unter dem Einflusse desselben entstandenen Grundsätze über die Betheiligung des überlebenden Ehegatten an der gemeinschaftlichen Vermögensmasse wesentlich und unzertrennlich mit dem Institute der Gütergemeinschaft in Verbindung stehen.

Hierauf beruht das Präjudiz Nr. 518 vom 27. August 1838: In den westfälischen Provinzen sind durch das Gesetz vom 8. Januar 1816 mit der ehelichen Gütergemeinschaft auch die Statuten, Observanzen und Provinzialgesetze, welche das Erbrecht des überlebenden Ehegatten auf die gemeinschaftliche Vermögensmasse betreffen, wieder eingeführt worden. (Präj.-Samml. S. 147.)

Vergl. auch das Erkenntniß vom 8. Juni 1857 (Striethorst, Archiv B. 24 S. 358 f.).

[2]) Mehrere Rechtslehrer halten das s. g. Consolidationsprinzip als das allein der Natur der Gütergemeinschaft entsprechende.

So lehrt G. L. Boehmer, Electa jur. civ. Vol. III Exerc. XVII § 14: Quod vero vi communionis bonorum vtrique coniugi in bonis indiuisis competit dominium, in perpetuum datum esse censetur, nisi vel conuentione vel lege, ad tempus coniugii existentis, sit adstrictum . . . Hoc ius Maiores nostri concinna comprehenderunt formula Längst Leib (vel Lyf) Längst Guth: vt videlicet, qui vita alterutrum coniugem superaret, ad eundem pertineret omne patrimonium. Huius formulae vsum et effectum ex vsu Germaniae et qui cum eodem conspirant, moribus Augustanis exponit IOAN. BERNHARDVS FRIESE, eaque communionem bonorum vniuersalem induci docet, secundum antiquam formulam: Wo Ehelent sich gesammet, das ist, ohne Geding zusammen kommen, Leib an Leib, Guth an Guth, oder Schopff um Schopff heurathen, da setzen es beyde Eheleute darauf, daß wer das andere überlebt, zeucht die Schantz gar. Idem ius simili formula exprimunt Germani Huth bey Schleyer und Schleyer bey Huth: . . . Nec est, quod existimes, ex eo, quod bona coniugalia matrimonii gratia in communionem deducantur, dominium non

Nürnberg. erneuerte Reformation von 1564 Th. III Tit. 33 Ges. IV. „So Man und Weib, mit Leib und gut, on geding und bestimmung der Heyratgüter zusammen heyrathen, und jr ains vor dem andern, on gescheſſt mit tod abgeet, und absteigende Geleibliche Erben von jnen Beeden erzeugt, hinder jme verleßt, so pleipt dem lebenden Gegenossen der halb teyl aller versameuter haab, und fellt der ander teyl auf die absteigende Erben . . .“

Hamburgisches Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 3 Art. 1. „So zwei Personen in den Ehestand zusammentreten und mit einander Kinder zeugen; stirbet — ihrer beyden eine, alle Erb und Güter fallen auf den Längst-Lebenden und ihre sämmtliche Kinder . . .“

Frankfurt. Reformat. von 1611 Th. V Tit. 5 § 10. „Im Fall aber Kinder von einem, oder dem andern Theil, vorhanden seyn würden: So sollen solche erzeugte liegende und fahrende Güter, zum halben Theil auff dieselben deß Verstorbenen Kindere, der übrig halb Theil aber auf das Letztlebend erblich verstorben und gefallen seyn —.“

Hadeler Landr. Th. 3 Tit. 17. „Alsbald Eheleute in dem Ehestandt beysammen kommen, werden ihre Güter unter ihnen gemein, ungeacht die Güter, so sie zusammen bringen, ungleich sein. Derowegen wan ein Manne seine Haußfrauwe mit Tode abgehet, behelt er das halbe Guth, und den andern Theil Guts erben die Kinder.“

Constitution des Kurf. Joachim I von 1527 (Joachimica) Tit. I § 1. „Setzen und ordnen welches von Ehleuten des andern Todt erlebt, behelt nach alter gewonheit, das halbe Gut, an liegenden Gründen und farender Habe.“

§ 3. „Das ander halb theil sollen haben die Ehliche Leibs-Erben, so die vorhanden sein, oder so die nicht weren, die nechsten

---

nisi ad coniugii terminum inter coniuges communicari. Namque ex fine communionis bonorum iura quidem et obligationes coniugum circa bona communia definiuntur, et condominii exercitium restringitur: ex eodem vero ratio idonea repeti nequit, vi cuius, quod indefinite inter coniuges secum inuicem communicatum est, bonorum indiuisorum dominium, deficiente conuentione vel lege, ad terminum durantis societatis connubialis adstringatur. Quin potius, cum Germani hanc coniugum, quam mutuus postulat amor, agnouerint obligationem, vt viduitati sit prospiciendum: deinde cum non minus commodis et educationi liberorum post alterius coniugis mortem a superstite sit consulendum; ne quidem ipse finis, cuius causa bona in communionem deducta sunt, cessat, ac proinde nec condominium bonorum conjugalium indiuisorum indefinite concessum, ad terminum vitae alterutrius coniugis datum esse intelligitur.

Vergl. Gründler, Polemik des german. Rechts III § 561.

Freunde, nach Keiserrecht, so aber kein angesippter Freundt da wäre, denn nimbt das halbe Theil die Herrschafft." [1])

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verbess. Landr. des K. Preußens von 1721) B. V Tit. 12 Art. 5 § 1. „So in Städten ein Mann ein Weib nimbt, und der Mann darnach stirbt, so sol das Weib nach Cölmischen Rechten das halbe Gut, und ihre Kinder, oder da keines vorhanden, andere des Mannes Erbnehmen, wer sie auch seyn, die andere Helffte des Guts oder Erbschaft zunehmen gut Fug, Recht und Macht haben . . ."

§ 2. „Und solches hat auch statt, wann die Ehefraw vor dem Mann verstirbt, Dann nach derselben tödtlichem Abgang sollen die erzeugte, eroberte und gewonnene Cölmische Haab und Güter, die seyn liegend oder fahrend, auch in zwei gleiche Theil getheilet, und der halbe Theil auff die Kinder, oder, da deren keine vorhanden, auff der Frawen nechste verwandte Erben erblich fallen und kommen . . ."

Proj. Corp. Jur. Frid. P. I (1749) Lib. II Tit. 4 § 153. „Der hinterlassene Ehegatte kann die Hälfte des gemeinen Vermögens fordern und zu sich nehmen: Die andere Hälfte bekommen des Verstorbenen hinterlassene Kinder und Erben und in deren Entstehung der Fiscus."

Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg, vom 16. April 1860 (Ges.-Samml. S. 165) § 7. „Wird die Ehe durch den Tod eines Ehegatten aufgelöst, so behält in Ermangelung einer letztwilligen Verfügung der überlebende Ehegatte die eine Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens als sein Eigenthum; die andere Hälfte, als Nachlaß des Verstorbenen, wird nach den Vorschriften des Allgemeinen Landrechts vererbt . . ." [2])

40. Ueber das rechtliche Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu den Erben des erstverstorbenen in Ansehung der vermöge der allgemeinen Gütergemeinschaft dem Ersteren verbliebenen Hälfte des gemeinschaftlichen Ehevermögens spricht sich ein Erkenntniß des Appellationsgerichts zu Hamm vom 10. November 1864 dahin aus:

— Nach den Grundsätzen der hier zur Anwendung kommenden Cleve-Märkischen Gütergemeinschaft verblieb beim kinderlosen Ableben der Ehefrau S. die Hälfte des Ehevermögens dem überlebenden Ehemanne, während die andere Hälfte als Nachlaß der Ehefrau

---

[1]) Heydemann, die Elemente der Joachimischen Constitution S. 222 f.

[2]) Welter, Handb. über das eheliche Güterrecht in Westfalen S. 373

auf deren Intestaterben nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge vererbte. Auf diese Hälfte stand dem Ueberlebenden kein Miterbrecht zu, so daß derselbe nicht Erbe seiner Ehefrau geworden. (Revidirter Entwurf des Provinzialrechts der Grafschaft Mark § 22 f., Welter, Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen § 86 f.) Das Verhältniß des überlebenden Ehegatten zu den Erben des verstorbenen kann deshalb nicht nach den Vorschriften Th. I Tit. 17 Abschn. 2 des Allg. Land-Rechts beurtheilt werden. Nach § 367 II. 1 A. L. R. nimmt der überlebende Ehegatte von dem in Gütergemeinschaft besessenen Vermögen die eine Hälfte als sein Eigenthum zurück. Er setzt die Gütergemeinschaft mit den Erben des Verstorbenen nicht fort, sein Verhältniß zu diesen ist vielmehr als das einer Gemeinschaft, die aus einer zufälligen Begebenheit entstanden, zu bezeichnen. Steht aber das ganze vom Kläger mit seiner Ehefrau bei deren Ableben besessene Vermögen in einem Miteigenthum des Klägers und der Erben seiner Ehefrau und gebührt dem Kläger als Miteigenthümer die Hälfte dieser Vermögensmasse, so kann ihm auch ein Miteigenthumsrecht an den einzelnen, diese Masse bildenden Gegenständen nicht abgesprochen werden, und zwar steht ihm an den einzelnen Sachen, insonderheit an dem dazu gehörigen ein Zehntel Antheil am T.'schen Kotten ein seiner Betheiligung am Ganzen entsprechender Antheil als sein besonderes Eigenthum zu. Ohne daß eine Auseinandersetzung mit den Erben seiner Ehefrau vorangegangen, ist Kläger durch den Tod der Letzteren Miteigenthümer des Kottens zu ein Zwanzigstel Antheil geworden, welches Miteigenthum den Antrag auf Verkauf des Kottens zum Zweck der Theilung, Herausgabe der vom Verklagten seit seiner Besitzzeit vom Antheile des Klägers gezogenen Nutzungen und Rechnungslegung über dieselben vollständig rechtfertigt.

(Beiträge zur Erläut. des Preuß. R. IX S. 240 f.)

---

§ 639. «Hinterläßt der Verstorbene Blutsverwandte in absteigender Linie, welche aus dem gemeinschaftlichen Vermögen noch nicht abgefunden sind; so muß der überlebende Ehegatte mit seiner Hälfte sich begnügen.»

§ 640. «Doch erhält er die zu seinem eigenen persönlichen Gebrauche bestimmten Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche, vor der Theilung zum voraus.»

§ 641. «Dagegen werden den Kindern des Verstorbenen die zu dessen persönlichem Gebrauche bestimmt ge-

wesenen Kleidungsstücke, Betten und Leibwäsche, ebenfalls zum voraus angewiesen.»

41. Die Vorschrift des § 639[1]) bezieht sich auch auf den Fall, wenn der verstorbene Ehegatte keine Kinder aus der aufgelösten Ehe hinterläßt, wohl aber Kinder aus einer früheren Ehe, die wegen ihres Erbrechts an seinem künftigen Nachlaß nicht abgefunden sind. Auch in diesem Falle hat also der überlebende Ehegatte gar kein Erbrecht und nicht einmal ein Nießbrauchsrecht an den auf die Stiefkinder vererbten Erbtheilen. Doch erhält er das im § 640 bestimmte Voraus.[2])

Dieses Voraus, welches dem auch bei der gemeinen Erbfolge in den §§ 628, 629 festgesetzten entspricht, wird auch in älteren Partikularrechten (und noch im ausgedehnteren Maße) dem überlebenden Ehegatten beschieden.[3])

Württemb. Land-Recht von 1610 Th. IV Tit. 4 § 4. „Wann nun die Schulden entrichtet, mag ein Ehemann (sofern das Weib vor jhme mit Tod abgegangen) zuvorderst seine Klaider, Clinodien, und was ungefährlich zu seinem Leib gehört, so zu zeit deß Weibs absterben vorhanden gewesen; deßgleichen auch nach gelegenheit der Personen, seine Bücher, Raisige: oder Leibpferdt, Gewöhr und Harnisch, Werckzeug, und was dergleichen Stuck seind, zu des Manns Stand, Wesen oder Hauthierung fürnämlich gehörig . . . als das seinig, hinweg nemmen."

§ 5. „Also auch (wann der Mann vorverstorben) sollen dem überlebenden Weib alle ihre Klaider, Clinodien, Geschmuck und was sonsten ohngefährlich zu ihrem Leib gehört . . . gevolgt werden." [4])

---

[1]) In Betreff derselben wird auf die von Bornemann VI. S. 227 f. mitgetheilten Materialien verwiesen.

[2]) Welter a. a. O. S. 375.

[3]) Ueber den Ursprung desselben s. Gründler, Polemik des german. Rechts III. § 631 und die daselbst angeführten Schriftsteller, insbesondere Griesinger, Commentar über das Herzogl. Wirtembergische Landrecht B. VII S. 253 ff.

[4]) Vergl. Griesinger a. a. O. Reyscher, das gemeine und württemb. Privatr. III §§ 574—576.

Auch das Hamburg. Stadt-Recht Th. III Tit. 3 Art. 4 und Art. 6 bestimmt, daß der überlebende Ehegatte (Mann oder Frau) bei anderweitiger Verheirathung aus den gemeinschaftlichen Gütern „das beste Bette, wie es am Braut-Tage gezieret gestanden, seine Kleider, Linnen und Wollen, die er getragen oder zu seinem Leibe machen lassen, und was er an Gold und Silber zu seiner Leibes-Zierung getragen . . . vorausnehme und behalte."

Revid. Land-Recht des Hertzogth. Preußen von 1685 (verbess. Landr. des K. Preußen von 1721) Buch V Tit. XIV Art. 2. § 7. „Ist bewilliget, daß ein Wittwer oder Wittwe, bey Theilung der Erbschafft mit ihren Kindern, sich an ihrer Helffte begnügen lassen, und daß der Mißbrauch, da Schichtgeber ein auffstehendes Bette, und anders mehr, vorauß genommen, gantz abgeschaffet sey, doch daß der Wittwer seinen Harnisch und bestes Kleidt, die Wittib ihren Traw-Ring und bestes Kleidt vorauß nehme.“ [1])

---

§ 642. «Sind keine unabgefundene Kinder vorhanden,[2]) so theilt der überlebende Ehegatte die den Nachlaß des Verstorbenen ausmachende Hälfte mit dessen nahen Blutsverwandten, nach eben den Verhältnissen, wie es bei der Erbfolge nach den gemeinen Rechten vorgeschrieben ist (§§ 625. 526).»

§ 643. «Doch erhält alsdann der überlebende Ehegatte, außer den §§ 628. 629 bestimmten Effecten, auch noch diejenigen, die nach § 640 zu seinem eigenen Gebrauche gewidmet sind, zum voraus.»

§ 644. «Abgefundene Kinder haben bei dieser Erbfolge-Ordnung, in Beziehung auf den überlebenden Ehegatten, nur mit Seitenverwandten des ersten Grades gleiche Rechte.»

§ 647. «Sind keine nahe Verwandte des Verstorbenen

---

[1]) Statuta der Stadt Guben von 1604 Art. 18. „Demnach wegen der Mobilien und Fährniß am meisten zwischen den Erben der gröste Zank und Unvernehmen entspringet, als soll es hinfüro also gehalten werden, weil alles theilig, daß der Vater, so er am Leben, seine Kinder an sich behalten, der verstorbene Mutter Kleider die Töchter so gut sie seyn, zusammen theilen sollen, die Söhne erwarten dagegen des Vaters Kleidung, wenn er stirbet —.“

Art. 20. „Dem überbliebenen Ehegatten gebühret zum Voraus, ein gemacht Bette, so weit sichs leiden will, desgleichen ein bedeckter Tisch, mit Schüsseln, Kannen, Teller und Tranck-Geschirr, nachdem es vorhanden . . .“ (Schott, Sammlung zu den Deutschen Land- und Stadt-Rechten Th. 2 S. 129 f.)

Vergl. Scheplitz, Consuet. Elector. et Marchiae Brandenburg. P. III tit. II § 14.

[2]) d. h. sind entweder bloß abgefundene Kinder oder bloß Verwandte in der aufsteigenden oder in der Seitenlinie vorhanden.

Heydemann, System des Preuß. Civilr. im Grundrisse S. 195.

(§ 622) vorhanden, so bleibt dem überlebenden Ehegatten das ganze gemeinschaftlich gewesene Vermögen eigenthümlich.»

42. Die deutschen Partikularrechte, welche die eheliche Gütergemeinschaft (es sei die allgemeine oder die Errungenschaftsgemeinschaft) anerkennen, bestimmen das Successionsrecht des überlebenden Ehegatten im Verhältniß zu den Ascendenten und Seitenverwandten des Verstorbenen, sehr verschieden.

Die meisten gestehen dem überlebenden Ehegatten, den gedachten Verwandten gegenüber, nur ein Miterbrecht zu.

Hierher gehören unter Andern

a. die Nürnberg. Reformation von 1564, nach deren Vorschriften (Th. III Tit. 23 Ges. V) dem überlebenden Ehegatten beim Vorhandensein von Eltern, Geschwistern und Geschwisterkindern drei Viertel des gesammten Ehevermögens, andern Verwandten gegenüber aber fünf Sechstel desselben zufallen.

b. das Hamburgische Stadtrecht von 1603 (Th. III Tit. 3 § 8), wonach bei kinderlosen Ehen der überlebende Mann zwei Drittel und die überlebende Frau die Hälfte des Gesammtgutes behält und der übrige Theil „den nächsten Freunden" des Verstorbenen zufällt.

c. das Württemberg. Land-Recht von 1610 (Th. IV Tit. 5), dessen Vorschriften Griesinger (Comment. B. 8 S. 521 f.) dahin zusammenstellt:

Wenn

A. der verstorbene Gatte, neben dem überlebenden Gatten, keine weiteren rechtmäßigen Erben, bis auf den zehnten Grad, hinterläßt, so erbt der überlebende Gatte den verstorbenen, vermöge des Anwachsungsrechtes, das ihm, als Erben, gebührt, ganz allein und vollkommen und schließt den Fiskus aus. Hat

B. der verstorbene Gatte, neben dem überlebenden Gatten, noch weitere rechtmäßige Erben, bis in den zehnten Grad, hinterlassen, so erbt der überlebende Ehegatte, a) wenn nur ein Kind des verstorbenen Erblassers vorhanden ist, den dritten Theil der ganzen Verlassenschaft, und,

b) wenn zwey oder mehrere Kinder vorhanden sind, einen Kindstheil. Hat

C. der verstorbene Gatte gar kein Kind hinterlassen, so erhält der überlebende Gatte a) unbedingt und auf jeden Fall,

die Hälfte der ganzen von dem verstorbenen Ehegatten mit

Nutzen und Eigenthum besessenen Verlassenschaft, sowohl nach dem Eigenthums- als Nutznießungsrechte; und

b) auf den Fall, daß keine Ascendenten oder leibliche Geschwister, von beyden Banden, des verstorbenen Gatten vorhanden sind, auch noch die lebenslängliche Nutznießung der andern Hälfte.

d. das Provinzialrecht der Mark Brandenburg, wonach der überlebende Ehegatte zugleich mit allen Arten der Blutsverwandten des Verstorbenen zum Miterben dergestalt berufen wird, daß er höchstens die ganze Hälfte von dem reinen Nachlasse des Verstorbenen als ein statutarisches Erbtheil für sich in Anspruch nehmen kann.[1])

Andere Statutarrechte beschränken das Miterbrecht der Verwandten auf die Ascendenten, so daß die Seitenverwandten von dem überlebenden Ehegatten ausgeschlossen werden.

Brandenburg-Culmbachische Landes-Constitution vom 16. Sept. 1722 Tit. VII § 6. „Soviel die Succession der Ehe-Leute in des abgestorbenen Vermögen betrifft, dafern — weder in descendente noch ascendente linea Erben vorhanden sind; soll wegen obangeführter communion — der überlebende Ehegatte des verstorbenen Erbe ab intestato ex asse und mit exclusion der Geschwisterte und übrigen Collateralium seyn."

§ 9. „Wann keine Descendentes, sondern Ascendentes vorhanden, sollen — dem überlebenden Ehegatten zwey Drittheil, denen Eltern und Groß-Eltern aber, es seyen deren eines oder zwey, ein Drittheil des Vermögens erblich zufallen."[2])

Endlich gibt es aber auch mehrere Statuten, welche dem überlebenden Ehegatten, sämmtlichen Verwandten, sowohl der aufsteigenden als der Seiten-Linie gegenüber, ein ausschließliches Erbrecht beilegen.

Frankfurt. Reformation von 1611 Th. V Tit. 5 § 9. „So viel die Succession und Erbschaft solcher in stehender Ehe erzeugten Güter belangt, so ordnen und setzen Wir, daß dieselben, sie seyen gleich liegend oder fahrend, dem letztlebenden Ehegemächt, im Fall da keine Kinder vorhanden, Eigenthümlich sollen zugefallen seyn und bleiben."

Statut von Fulda: „— wenn aus solcher Ehe keine Kinder erzogen würden, oder während der Ehe die gebohrne gestorben

---

[1]) C. Scholtz, das jetzt bestehende Provinzialrecht der Kurmark Brandenburg Abth. 1 Entwurf § 361 Abth. 2. Motive S. 122 ff.

Constit. des Kurf. Joachim I von 1527 Tit. I § 1 (s. oben S. 540).

[2]) Eine gleiche Bestimmung in Betreff des Ausschlusses der Seitenverwandten enthält das von Böhmer (Electa jur. civ. Tom. III Exer. XVII § 15) mitgetheilte Statut der freien Reichsstadt Weisenburg an Nordgau.

wären, erbet ein Ehegatt den andern völlig mit Ausschließung aller dem Verstorbenen Angehöriger . . ." [1])

Fürstl. Bamberg'sches Land-Recht von 1769 Th. I Kap. 2 Tit. 10 § 1. „Wann eines der Ehe-Leuten verstirbt, und keine Kinder hinterbleiben; so erlangt der überlebende Ehe-Gatt von selbigen Augenblick an völlige Macht und Gewalt über das sammtlich-gemeinschäftliche Vermögen, sowohl unter den Lebendigen, als auch von Todswegen zu schalten und zu walten . . ." [2])

Unser Landrecht hat in seinen nur subsidiär gegebenen Bestimmungen die für die Erbfolge nach gemeinen Rechten aufgestellten Grundsätze festgehalten.[3])

Die Hälfte des gemeinschaftlichen Vermögens wird als Nachlaß des erstverstorbenen Ehegatten behandelt. Berechtigt zur Erbfolge neben dem überlebenden Ehegatten sind alle Blutsverwandten des Verstorbenen innerhalb des sechsten Grades voller oder halber Geburt. Im Verhältniß zu ihnen stellt sich der Erbantheil des überlebenden Ehegatten auf ein Drittel, beziehungsweise die Hälfte des Nachlasses. In Ermangelung der gedachten Verwandten erstreckt sich das Erbrecht des Letzteren auf den ganzen Nachlaß, so daß der Fiskus ausgeschlossen bleibt.

---

[1]) Böhmer l. c. § 15.

[2]) Außerdem ist auf die von Böhmer l. c. § 16 angeführten Statuten zu verweisen.

[3]) Diese landrechtlichen Bestimmungen hat das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen xc. vom 16. April 1860 (§ 7), unter Beseitigung aller bisher geltenden besonderen Gesetze, Statuten und Gewohnheiten, aufgenommen — eine Maßregel, die in dem vortrefflich ausgearbeiteten Votum Waldeck's (abgedruckt in Welter's Handbuch S. 495—502) ihre volle Rechtfertigung findet.

Nur darin weicht jenes Gesetz von unserem Landrechte ab, als der gedachte § 7 zugleich bestimmt:

„Bei Beurtheilung des Erbrechts der abgefundenen Kinder bleibt die Vorschrift des § 644 Th. II Tit. 1 des Allgemeinen Landrechts außer Anwendung."

Diese Vorschrift ist auch in der That mit dem § 373 Tit. 2 kaum in Einklang zu bringen und hat, wenn auch nicht in der Praxis, doch in der Doctrin viel Streit veranlaßt. Es genügt, in Betreff dieser unfruchtbaren Controverse auf Witte, S. 274 f., Bornemann VI. S. 239 f. und C. G. Krantz, Ueber das Erbrecht abgefundener Kinder [in den „Beiträgen zur Erläut. des Preuß. Rechts" III (1859) S. 55 f.] zu verweisen.

43. Ueber die Bedeutung jener erbrechtlichen Bestimmungen unseres Landrechts im Verhältniß zu den Grundsätzen über die portio statutaria spricht sich ein im Beschwerdewege erlassener Bescheid des Appell.-Gerichts zu Hamm vom 15. Febr. 1854 dahin aus:

> Bei Trennung einer gütergemeinschaftlichen Ehe durch den Tod eines Ehegatten handelt es sich zunächst um Auseinandersetzung wegen der Gütergemeinschaft und dann um Beerbung des verstorbenen Ehegatten. Was der Ueberlebende aus der Gütergemeinschaft erhält und nach dortigem Statutarrecht in einer Halbscheid besteht, empfängt er auf Grund des Ehevertrages. Was er von der andern Halbscheid erhält, empfängt er Kraft Erbrechts und heißt Statutarportion, wenn der Antheil Kindern oder andern Verwandten gegenüber bestimmt ist, wie dies Runde, deutsches Privatrecht § 688 ausdrückt. Sind aber Verwandte des verstorbenen Ehegatten nicht vorhanden, so gibt das gemeine Erbrecht die Entscheidung, an wen diese Halbscheid fällt. Es erbt sie als nächster Erbe nach den Verwandten nach gemeinem Recht der überlebende Ehegatte und schließt namentlich den Fiskus aus, der allen sonstigen privilegirten Erben nachsteht. Diese Ansicht sprechen aus:
>
> > Runde § 691, Eichhorn, Einleit. § 339, v. Gerber, deutsch. Privatr. § 255 Note 5,
>
> wie sie auch im Allg. Landrecht II. 1 § 647 anerkannt und überhaupt theoretisch nicht bezweifelt wird. Die im Berichte angeführten Autoritäten
>
> > Hellfeld, jurispr. for. § 1659, Hofacker, princ. jur. civ. § 482, Eichhorn und Runde a. a. O.
>
> sprechen auch durchaus nicht das Gegentheil aus, berühren vielmehr nur die Statutarportion und deren Eigenschaften, wovon hier keine Rede ist. Namentlich ergeben die Motive zu dem Westfälischen Statutar- und Gewohnheitsrechte von Seibertz zu §§ 43—45 und 140 f., daß auch bei diesem Schriftsteller gar kein Zweifel darüber obwaltet, daß im vorliegenden Falle die überlebende Frau auf Grund des gemeinen Erbrechts aus dem Edict unde vir et uxor ihren Mann beerbt und daher den Fiskus ausschließt.

---

§ 645. «In allen Fällen, wo der überlebende Ehegatte mit anderen Verwandten als unabgefundenen Kindern, an dem Nachlasse des Verstorbenen Theil nimmt, behält er den Nießbrauch des gesammten gemeinschaftlich gewesenen Vermögens auf Lebenslang.»

§ 646. «Die Verwandten des Erstverstorbenen, oder deren alsdann vorhandene Erben, können also die Ausant-

wortung ihrer Erbtheile erst nach dem Tode des Letztlebenden fordern.»

44. Diese Vorschriften betreffen das deutsch-rechtliche Institut des **Beisitzes**,[1]) aber in Beschränkung auf den im § 642 vorausgesetzten Fall der unbeerbten Ehe, während jenes Institut, wie es in den meisten Partikularrechten vorkommt, sich gerade in Bezug auf die beerbte Ehe entwickelt hat.

Nürnberg. erneuerte Reformation von 1564 Th. III Tit. 33 Ges. IV Abs. 2. „Doch soll in solchen unverdingten und versamenten heyraten, dem pleibenden Eegnossen, auf des verstorbnen verlaßnem halben teyl, der **Beysitz**, nutzung und niessung zusteen, so lang es in unverrucktem Wittibstand pleibt, oder sich sonst von den Kindern nit söndert oder abtheilt, und ist derselbig Eegnoß schuldig, in zeit solcher niessung, die ligende güter, in wesentlichem Paw zu erhalten, nichts davon zuverendern, auch alle Burgerliche auflagen davon zu entrichten, und die Kinder gebührlicher weiß zu erziehen und außzusteuren."

Rechtsordnung von Gülich, Cleve und Berg von 1565 Tit. 95. „Die Eltern so an ihrer kinder angefallen guetern wan das ehebedt gebrochen, die leybzucht haben, mögen dieselbige ohn einiche fürgehende Caution und versicherung der burgen oder gueter, ihr lebenlanck gebrauchen und verwalten —." [2])

Hamburger Stadt-Recht von 1603 Th. III Tit. 3 Art. 3. „Stirbet einem Manne seine Ehefrau, und er hat mit derselben Kinder gezeuget, die noch im Leben sind; bleibet der Mann Wittwer, und stehet seinen Dingen recht vor, so mag er nicht genöthiget werden, bey Leben die Güter mit seinen Kindern zu theilen, jedoch soll er schuldig seyn, denselbigen nothwendige Alimenta, so wol auch, wann es die Zeit und ihre Jahre erforderen, ein billiges Heyrat-Gut und Aussteuer, Gestalt und Gelegenheit der Güter nach, zu geben." [3])

---

[1]) Vergl. **Fischer**, Versuch über die Geschichte der teutschen Erbfolge (Mannheim, 1778) B. I S. 268 f.

Runde, Deutsch. ehel. Güterrecht § 112.

Phillips, Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft S. 236 f.

[2]) Es folgen hierauf sehr ausführliche Bestimmungen über die Rechte und Pflichten des Leibzüchters.

[3]) Der Art. 5 bestimmt dasselbe in Beziehung auf die überlebende Wittwe.

Ausführliche Vorschriften über den Beisitz des überlebenden Ehegatten und zwar sowohl beim Vorhandensein von Kindern als „andern nechsten Erben" enthält die Frankfurt. erneuerte Reformat. von 1611 Th. V Tit. 8. „Von Ususruct und Beyseß, so der Letztlebend Ehegemahel vermög dieser Reformation behelt."

Erneuert. Land-Recht des Herzogth. Württemberg von 1610 Th. IV Tit. 7 § 4. „Und was von deß abgestorbenen Ehegemächts Verlassenschafft denen hinterlaßnen Kindern zugethailt und erblich angefallen, solches hat das überlebend Ehegemächt sein Lebenlang (doch ohngeschwächt deß Hauptguts) zunutzen und zunießen." [1])

Churf. Pfälzisches erneuertes Land-Recht von 1610 Th. IV Tit. 13 § 2. „Doch soll das letztlebend ehegemächt, da es der ersten oder andern kinder rechter Vatter oder Mutter,[2]) bey und an denselben jetztvermeldt angefallenen Vätterlichen oder Mütterlichen gütern oder erbtheil, die administration und leibzucht, sein lebenlang haben . . ." [3])

Aehnliche Bestimmungen enthalten die Nassau-Catzenelnbogische Landordnung von 1616 Th. IV Cap. XI. „Wie und was massen die Eltern die Leibzucht an ihrer Kinder Gütern haben sollen," die Fränckische Land-Ger.-Ordn. von 1618 Th. III Tit. 90, das revid. Land-Recht des Herzogth. Preußen von 1685 und das verb. L.-R. des K. Preußen von 1721 Buch V Tit. XII Art. 5 §§ 1 f., das Churf. Maynzische Land-Recht von 1755 Tit. VII. „Von dem Usufructu oder Nießbrauch des letztlebenden Ehe-Gatten."

45. Ueber die Natur dieses Beisitzes sprechen sich aus:

Runde a. a. O. S. 251 f.: Der Zweck des dem überlebenden Ehegatten in dem Beisitz mit den Kindern eingeräumten Nießbrauchsrechtes ist nicht, wie sonst, der alleinige Nutzen des Nießbrauchers: die Familie soll in der fortgesetzten Gemeinschaft zunächst von den Aufkünften des vereinten Vermögens leben, die Kinder sollen erzogen, in eintretenden Fällen auch ausgesteuert werden;

---

[1]) Diese statutarische Nutznießung legt das Württ. R. (Th. IV Tit. 5 § 4 ff.) dem überlebenden Ehegatten auch in Betreff der Erbtheile anderer Verwandten bei, nämlich in dem Falle, wenn der kinderlos verstorbene Ehegatte weder Ascendenten noch vollbürtige Geschwister, sondern nur vollbürtige Geschwisterkinder oder Halbgeschwister oder entferntere Seitenverwandte hinterläßt. Griesinger, Com. B. 8 S. 557 ff. Reyscher § 581.

[2]) Stiefeltern sind vom Beisitz ausgeschlossen ebendas. § 3.

[3]) In Ansehung der ohne Hinterlassung von Kindern versterbender Eheleute bestimmt der Tit. XII pr. Abs. 2: „daß dem letztlebenden ehegemächt — sein lebenlang der Beysitz, zu Latein usufructus genanndt, bey dem halben theil aller, vom verstorbenen herrührender, ligender güter (doch auf gebürliche caution, so dasselb deß abgestorbenen nechsten befreundten, auf begeren, wegen deß eigenthumbs zu leisten) ungeirret verbleiben, der andere halbe theil aber an deß erstverstorbenen ehegemächts liegenden gütern, desselben nechsten erben alsbald gefolgt werden soll." Auch enthält der Tit. XV besondere Vorschriften „Von Beysitz oder Usufructu deß letztlebenden ehegemächts, und der caution, so man deßwegen zu leisten schuldig."

zu diesem Zweck hat der überlebende parens die Administration und den Nießbrauch . . . Bei dem Eindringen des röm. Rechts in diese Verhältnisse ist der Vater von Inventarisirung und Caution frei geblieben: die Mutter aber in dem Beisitz mit minderjährigen Kindern häufig als Vormünderin beeidigt, zur Inventarisation und Caution angehalten, und nur als Nießbraucherin mit der Rechnungsablage verschont. Und, wenn wir nicht umhin können, ihren statutarischen Nießbrauch in seinem Umfange und den damit verbundenen Rechten und Pflichten unter das röm. Recht zu stellen, so bedarf die Befreiung von der Caution, obwohl im alten Beisitze unstreitig begründet, der Nachweisung herkömmlicher Erhaltung, und sie kann namentlich gegen Stiefkinder so wenig in Anspruch genommen werden, als gegen Ascendenten und Seitenverwandte.

das Erkenntniß des O.-A.-G. zu Oldenburg vom 30. Septbr. 1843: — Ein solcher Beisitz, das gemeinschaftliche Leben des überlebenden Parens mit den Kindern auf und aus den Gütern, zumal einer landwirthschaftlichen Stelle, wovon jenem der Nießbrauch und eine vertrauensvolle Verwaltung, diesem die Proprietät zusteht, erscheint als ein fortgesetztes Familienverhältniß, in welchem der Hausvater oder die Hausmutter für Personen und Güter aus den Mitteln der letzteren alle Pflichten eines guten Familienhauptes und Landwirths zu erfüllen hat. An die Vorschriften des röm. Rechts ist dabei nicht zu denken. Nur auf das, was mit diesen Mitteln nicht bewirkt werden konnte und der Nießbraucher aus eigenem Vermögen nothwendiger oder nützlicher Weise verwendet hat, sind Erbansprüche begründet.

(Seuffert, Archiv I Nr. 15.)[1]

Außerdem ist noch hinzuweisen auf die Präjudizien unseres Ober-Tribunals

vom 5. Januar 1843 Nr. 1253: Wenn bei bestandener ehelicher Gütergemeinschaft der überlebende Ehegatte die Erbschaft aus dem Testament des Verstorbenen angetreten hat, so kann derselbe gegen den darin eingesetzten Pflichttheilserben auf den lebenslänglichen Nießbrauch am Pflichttheil aus dem Gütergemeinschaftsrecht keinen Anspruch machen.

(Entscheid. B. 8 S. 313 f.)

vom 1. October 1852 Nr. 2399: Der auf den Pflichttheil letztwillig beschränkte Ehegatte kann den im § 645 II. 1 A. L. R. dem überlebenden Ehegatten gewährten Nießbrauch am Nachlasse des Erstverstorbenen nicht fordern; dieser findet vielmehr nur bei eintretender Intestatsuccession statt.

(Ebendas. B. 23 S. 451 f.)

---

[1] Vergl. auch die Erkenntnisse des O.-A.-G. zu Wiesbaden vom 28. Januar 1842 und 22. August 1845 und des O.-A.-G. zu Oldenburg vom 9. Decbr. 1846 (Ebendas. I Nr. 80 II Nr. 62 VI Nr. 236).

46. Die in Betreff der Auseinandersetzung zwischen dem überlebenden Ehegatten und den übrigen Erben gegebenen Vorschriften der §§ 648 — 652, zu denen auch die ganz verunglückte Schöpfung des Anhangs § 79 (das s. g. Kaufgelder-Surplus-Reservat)[1]) gehört, beruhen nicht auf dem Erbrechte des überlebenden Ehegatten und sind daher aus demselben Grunde, wie die Nr. 29 gedachten Bestimmungen hier zu übergehen.

---

§ 653. «Bis zur wirklichen Auseinandersetzung bleibt der überlebende Ehegatte mit den Verwandten des Verstorbenen im Miteigenthum der zur Zeit des Sterbefalles vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Masse.»

§ 654. «Was also der ungetheilten Masse zuwächst, oder von derselben verloren geht, trifft sämmtliche Miteigenthümer, nach Verhältniß ihres Antheils.»

§ 656. «Der überlebende Ehegatte bleibt bis zur wirklichen Auseinandersetzung im Besitze und in der Verwaltung des gemeinschaftlichen Vermögens.»

§ 657. «Er muß aber von Letzterer, in so fern ihm nicht nach § 645 der Nießbrauch zukommt, seinen Miterben Rechnung legen.»

§ 658. «Was nach getrennter Ehe durch Erbschaften, Vermächtnisse, Geschenke, oder andere Glücksfälle einem der Ehegatten zu Theil wird, das gehört nicht mehr zum gemeinschaftlichen Vermögen.»

§ 660. «Was der überlebende Ehegatte, nach dem Tode des Verstorbenen, ohne Rücksicht auf den Besitz der Erbschaftsmasse erwirbt, darf er nicht zur Theilung bringen.»

47. Unser Landrecht faßt das zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Erben bis zur Auseinandersetzung in Betreff der gemeinschaftlichen Masse bestehende Verhältniß als eine gewöhnliche Rechtsgemein-

---

[1]) Vergl. die Abhandl. von Krantz: „Ueber den im § 79 des Anhangs zum Allgemeinen Land-Recht gedachten Vorbehalt" (in den „Beiträgen zur Erl. des Preuß. Rechts" III. 1859 S. 353 ff.) und die Monographie des App.-Ger.-R. Klingberg: „Ueber das Kaufgelder-Surplus-Reservat" Breslau, 1862 (angezeigt in den angeführten „Beiträgen" IX. S. 249 f.).

schaft unter Miteigenthümern (communio incidens) auf.[1]) Dasselbe kennt also nicht das dem deutschen Eherechte eigenthümliche Institut der fortgesetzten Gütergemeinschaft (communio bonorum prorogata).[2])

v. Gerber, System des Deutschen Privatr. (7. Aufl.) § 236: Die Wirkungen der Ehe auf die Gestaltung der ehelichen Güter können unter Zustimmung der Betheiligten auch jenseits der Ehe noch eine Zeit lang in ihrem factischen Bestande festgehalten werden; es ist eine beachtenswerthe Neigung des deutschen Rechts, statt der sofortigen Theilung mit ihrer schroffen Consequenz das organisch-gemüthliche Verhältniß noch eine Zeit lang zu wahren, nur folgen daraus noch nicht die Anomalieen, mit denen die Statuten die dereinstige Auseinandersetzung meistens behandeln. Dieß tritt nach vielen Particularrechten in Uebereinstimmung mit dem mittelalterlichen Rechte von selbst ein, wenn der überlebende Ehegatte mit Kindern aus dieser Ehe als Miterben des verstorbenen Gatten concurrirt; er bleibt dann mit den Kindern, die er zu unterhalten, zu erziehen und auszusteuern verpflichtet ist, in ungetheilter Were, und übt über das gemeinsame Vermögen (zu welchem jedoch nur die aus der Ehe stammenden Güter der Kinder, nicht auch ihr sonstiges Vermögen gehört) in der Regel dieselben Rechte aus, welche während der Ehe dem Manne zustanden. Bald besteht demnach sein

---

1) Vergl. Witte § 26 und Bornemann VI S. 231 f., welcher auch die betreffenden Materialien mittheilt. Erkenntniß des Ob.-Trib. vom 22. Mai 1857 (Striethorst, Archiv B. 25 S. 133 f).

Im Vormundschaftsrecht (Th. II Tit. 18 §§ 410 ff.) wird zwar der überlebenden Mutter der Pflegebefohlenen, die mit dem Vater derselben in der Gütergemeinschaft gelebt hat, freigestellt, „auf deren Fortsetzung mit den noch nicht abgefundenen Kindern anzutragen," auch wird des Falles gedacht, „wenn der Erblasser die Fortsetzung der Gemeinschaft der Pflegebefohlenen unter sich, oder mit einem Dritten verordnet hat." Allein hier ist immer nur an die gewöhnliche Eigenthumsgemeinschaft, also an das Verhältniß der Miteigenthümer, nicht an das eigenthümliche Institut der prorogirten Gütergemeinschaft gedacht. Witte a. a. O. S. 102 f.

2) G. L. Boehmer, Electa jur. civ. T. III Exercit. XVII §§ 17 sqq. Runde, Deutsches eheliches Güterrecht (Oldenb., 1841) §§ 111 ff. Ortloff und Schüler, Jurist. Abhandlungen und Rechtsfälle I (Jena, 1847) S. 514 f. Phillips, die Lehre von der ehel. Gütergemeinschaft S. 214 ff. Gründler, Polemik des german. Rechts III § 562. Bluntschli, Deutsches Privatr. (3. Aufl.) § 213. Beseler, System des deutsch. Privatr. II. S. 453 f. v. Gerber, System § 236. Seuffert, Archiv IV. 235. VII. 63. XIV. 99.

Die den Beisitz betreffenden Rechtsquellen sind bereits oben Nr. 44 angeführt. Außerdem ist auf die in Kraut's Grundriß § 218 mitgetheilten Bezug zu nehmen.

Recht in einem lebenslänglichen Nießbrauch an dem Erbtheile der Kinder, bald in dem ehemännlichen Verwaltungs- und Verfügungsrechte des Gütereinheitssystems, bald ist das Verhältniß eine fortgesetzte Gütergemeinschaft (communio bonorum prorogata), eine Gemeinschaft auf Gedeih und Verderb . . .

Bluntschli § 213: — Die fortgesetzte Gütergemeinschaft wurzelt schon im alten Eherechte des Vaters und dem Beisitze der Mutter; auf ihr Wachsthum aber übte auch die Ausbildung der ehelichen Gütergemeinschaft einen Einfluß aus. Man suchte, so gut es ging, die gemeine Wirthschaft nach wie vor fortzusetzen. Der überlebende Ehegatte stand dann als Haupt der Familie an der Spitze des Ganzen und übte die Rechte der Verwaltung und Verfügung . . . So lange diese Gemeinschaft dauert, sind auch die Interessen daran gemeinsam. Das gemeine Gut wächst oder schwindet zu aller Gewinn oder Schaden. Sie sitzen zusammen „zu Gedeih und Verderb.“ Aller Erwerb des Wittlings und der Erwerb der in der Haushaltung zurückgebliebenen Kinder fließt, wie während der ehelichen Wirthschaft, dem gemeinen Gute zu. Was dagegen die Kinder erwerben, welche eine gesonderte eigene Oeconomie gegründet haben, das bleibt auch ihnen allein.

Das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen ꝛc. vom 16. April 1860 hat, in diesem Punkte von dem Allgemeinen Land-Rechte abweichend, das gedachte Institut, welches auch nach dem Cleve-Märkischen Güterrechte nicht bestand,[1]) aufgenommen. Der § 10 bestimmt:

„Mit den unabgefundenen eigenen Kindern setzt der überlebende Ehegatte — sei es der Vater oder die Mutter — die Gütergemeinschaft fort, sofern nicht die sofortige Schichtung von dem Verstorbenen letztwillig angeordnet worden ist.

Während der fortgesetzten Gütergemeinschaft gebührt dem über-

[1]) Ein Bescheid des vormaligen O.-L.-G. zu Hamm vom 12. Februar 1839 sagt hierüber:

Gesetzlich hört die cleve-märkische Gütergemeinschaft mit dem Tode des einen Ehegatten auf, und es muß dann Auseinandersetzung erfolgen. Wenn nun in einem Testamente etwas Entgegenstehendes bestimmt und namentlich die Fortsetzung der Gemeinschaft angeordnet worden, so findet darum noch keine fortgesetzte Gütergemeinschaft in der Art, wie solche in andern Provinzialrechten vorkommt, statt. Vielmehr kommt es hier, insofern das Testament Zweifel läßt, nur auf die gemeingesetzlichen Vorschriften über gemeinschaftliches Eigenthum an, wie das Citat im § 416 Tit. 18 Th. II A. L. R. ergibt. Auf diese und auf den Inhalt der Bestimmungen des Testamentes ist daher in jedem einzelnen Falle bei Entscheidung der Frage über die Folgen der fortgesetzten Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen.

lebenden Ehegatten allein nicht nur der Nießbrauch des ganzen gemeinschaftlichen Vermögens, sondern auch die Verwaltung und Verfügung darüber in demselben Umfange, wie solche dem Manne nach § 3 während der Ehe zusteht. Dagegen fällt auch Alles, was derselbe aus irgend einem Rechtsgrunde erwirbt, in die Gemeinschaft. Von dem Erwerbe der Kinder fließt nur der Ertrag ihrer Beihülfe in dem elterlichen Gewerbe oder Haushalte der Gemeinschaft zu . . ."

Die weiteren Vorschriften regeln die Rechte und Pflichten des die Gütergemeinschaft fortsetzenden Ehegatten, so wie die Rechte und Pflichten dieses Verhältnisses.[1])

---

§ 661. »Wegen der Schulden, die auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haften, und der Befugniß der Gläubiger, sich auch nach erfolgter Auseinandersetzung an den einzelnen Interessenten zu halten, finden eben die Vorschriften, wie bei Erbtheilungen überhaupt, Anwendung. (Th. I Tit. 17 Abschn. 2.)»

48. In Ansehung der auf dem gemeinschaftlichen Vermögen haftenden Schulden kommt vorzugsweise die rechtliche Stellung der überlebenden Wittwe in Betracht.[2])

---

[1]) Vergl. Welter, Handbuch über das eheliche Güterrecht in Westfalen S. 407 ff.

[2]) Vergl. Mevii com. in Jus Lub. P. II tit. II art. 26. S. Stryk, de success. ab intest. Diss. IV cap. III §§ 34 sq. G. L. Boehmer, Electa jur. civ. T. III Exerc. XVII §§ 20, 21, 29. Phillips, die eheliche Gütergemeinschaft S. 190 ff. Kraut, Vormundschaft B. II S. 515 ff. Bluntschli, Deutsches Privatrecht (3. Aufl.) § 211 Nr. 5. v. Gerber, System des Deutsch. Privatr. (7. Aufl.) § 232.

Was die deutschen Rechtsquellen betrifft, so sind anzuführen: Hamburger Stadt-Recht Th. II Tit. 11 Art. 13—16. Frankfurt. erneuerte Reformat. Th. III Tit. 7 §§ 1—10. Erneuertes Württ. Land-Recht Th. IV Tit. IV. Churf. Pfältzisches erneuert. Land-Recht Th. IV Tit. XVII. Nassau-Catzenelnbogische Landordn. Th. IV Cap. XV. Joach. Scheplitz, Consuetud. Elect. et Marchiae Brandenburg. P. III tit. II quaest. 2 pag. 207 sq. Andr. Kohl, Declar. accur. Const. March. qu. IV pag. 163 sq. Chur-Trier'sches Landrecht Tit. VI § 30. Hildesheim'sche Verord. vom 25. Aug. 1684 wegen der Wittwen, die ihrer Männer Erbschaft sich begeben. — Außerdem ist auf die in Kraut's Grundriß § 214 mitgetheilten Rechtsquellen zu verweisen.

Die Abhandlung in den „Beiträgen zur Erl. des Preuß. Rechts“ I. (1857) S. 24 ff. führt in dieser Hinsicht aus:

> Das System des ungezweiten Gutes, wie es sich auf Grund der älteren deutschen Rechtsquellen entwickelt hat, erfuhr im Laufe der Zeit unter dem Einflusse mannigfacher Ursachen in verschiedenen Gegenden Deutschlands wesentliche Umgestaltungen. Die eheliche Gemeinschaft des Vermögens zog sich noch enger zusammen. Man gewöhnte sich allmälig daran, das von beiden Ehegatten zugebrachte und in der Ehe erworbene Vermögen als eine nicht bloß äußerlich in der Hand des Mannes geeinte, sondern auch in rechtlicher Hinsicht zu einem Ganzen verschmolzene Vermögensmasse zu behandeln, welche der Substanz nach den Ehegatten gemeinschaftlich sei. Dies führte in vielen Gegenden Deutschlands zu der eigentlichen Gütergemeinschaft . . . Wie man auch dieses Verhältniß sich juristisch construiren mag, so viel ist gewiß, daß die beiden Grundlagen des deutschen Güterrechtes der Ehegatten (die eheliche Vormundschaft und die eheliche Genossenschaft) auch hier ihren Ausdruck gefunden haben. Die Frau ist die Genossin des Mannes, die Theilhaberin an der Gemeinschaft und steht insofern dem Manne gleich. Aber Letzterer ist dabei das alleinige Haupt und der Vertreter der Gemeinschaft mit allen Rechten, welche deutsche Sitte ihm als dem Herrn und Haupt des Hauses an dem Vermögen zuweist.[1]) Dieses Element ist durch das Prinzip der Gütergemeinschaft so wenig verdrängt worden, daß es eine der bedeutendsten Grundlagen dieses Institutes und die Hauptquelle der dem Manne an dem gemeinschaftlichen Vermögen zustehenden Befugnisse bildet.[2]) Es fragt sich nun:
>
> > Wird durch die eheliche Gütergemeinschaft an sich eine persönliche Verpflichtung der Ehefrau für die von dem Manne contrahirten Schulden begründet?
>
> (Es wird unter Hinweisung auf Eichhorn, Runde, Heise und Cropp, Pauli, v. Gerber und Bluntschli ausgeführt, daß diese Frage entschieden zu verneinen sei[3]) und auf die weitere

---

[1]) Walter, System des gem. deutsch. Privatr. §§ 208, 209.

[2]) Runde, ehel. Güterrecht S. 26 f. Phillips, die Lehre von der ehelichen Güterg. S. 141 f.

[3]) Eichhorn, Einl. in das deutsche Privatr. § 308: Mit den Gütern selbst werden regelmäßig auch alle Schulden gemein, welche bei Eingehung der Ehe von beiden Eheleuten contrahirt waren, oder während derselben auf eine beide verbindende Weise contrahirt werden. („Die dem Manne trauet, trauet auch den Schulden.“) Da dem Manne vermöge der ehelichen Vormundschaft die Verwaltung des ganzen ungetheilten Vermögens zusteht, in welchem sich überall kein Sondergut der Frau, vielweniger ein besonderes Dotalgut unterscheiden läßt, so haftet in der Regel das Vermögen der Frau für jede Schuld, wenn sie diese auch nicht bewilligt hat, wenn sie gleich

Frage eingegangen: ob und unter welchen Umständen **nach dem Tode des Mannes** die überlebende Ehefrau für die von dem

---

für ihre **Person** dadurch nicht obligirt wird, sofern sie dieselbe nicht durch eine besondere **Handlung** übernommen hat. Besondere Gesetze, oder das Güterverhältniß, bei welchem quote Theile angenommen werden, können hier eine Ausnahme machen.

Pauli, Abhandl. aus dem Lüb. Recht Th. 2 S. 225 f.: Von dem nach dem Tode des Mannes auf die überlebende Ehefrau und die Kinder fallenden Sammtgute sind vorab die von dem Verstorbenen hinterlassenen Schulden zu berichtigen. Denn diese Schulden haften auf dem Sammtgute, oder, was dasselbe sagt, die überlebende beerbte Wittwe, als gesetzliche alleinige Verwalterin dieses Sammtgutes, ist insoweit unbedingt schuldig, für die von dem Manne contrahirten, sowohl ehelichen, als voreheliche Schulden aufzukommen. — Indessen haftet die beerbte Wittwe für des Mannes Schulden, insofern sie nicht selbst gelobt hat, nicht persönlich, sondern lediglich mit dem beim Tode des Mannes auf sie und ihre Kinder fallenden Sammtgute. Dieß folgt daraus, daß der Mann kraft seiner vogteilichen Gewalt nicht die Person der Frau, sondern nur ihr in seine Gewere gekommenes Gut verpflichten kann.

Bluntschli a. a. O.: Ungeachtet durch die Gütergemeinschaft auch eine **objective** Gemeinschaft der Schulden erreicht wird, so bleibt man sich doch bewußt, daß **persönlich** meistens nur Einer der Ehegatten als der eigentliche Schuldner verbunden, nicht aber beide Ehegatten als correi debendi zu betrachten sind.

Juristische Wirkungen dieses Gedankens sind:

a) der Personal-Arrest kann nur den persönlich schuldigen Theil treffen;
b) nur dieser, nicht auch der andere Ehegatte, haftet mit dem vorbehaltenen Einheitsgute für seine Schulden;
c) das Abdicationsrecht der Wittwe.

Daß diese Grundsätze auch in der Praxis ihre Anerkennung gefunden haben, darüber gibt das in **Koch's** Schles. Archiv B. 6 S. 542 f. mitgetheilte Erkenntniß des Ober-Tribunals vom 29. Juni 1846 ein gewichtiges Zeugniß ab. Es wird darin als geltendes Recht angenommen:

1. „Eine in allgemeiner Gütergemeinschaft lebende Ehefrau wird für die gemeinschaftlichen Schulden vermöge der Gütergemeinschaft nicht persönlich verhaftet."
2. „Soll dieselbe für eine gemeinschaftliche Schuld durch ihre Willenserklärung persönlich verhaftet werden, so kann dieß nur nach den für Bürgschaften oder Intercessionen der Frauenspersonen vorgeschriebenen allgemeinen Formen geschehen."

Zur Rechtfertigung dieser Sätze wird ausgeführt, daß durch die Eingehung einer allgemeinen Gütergemeinschaft zwar die Frau ihr Vermögen der Verfügungsgewalt des Mannes unterwerfe, aber ihre Persönlichkeit, mit dem Rechte des eigenen Willens, dabei nicht untergehe, daß es daher, um ihre

Verstorbenen contrahirten Schulden als persönlich verhaftet anzusehen sei.) Die Gütergemeinschaft führte auch eine Schuldengemeinschaft herbei, jedoch zunächst nur in dem Sinne, daß das Sammtgut für die von dem Manne allein, es sei vor oder während der Ehe, contrahirten Schulden für verhaftet erklärt wurde, die Frau also selbst nach Trennung der Ehe ihren Vermögensantheil nicht anders als nach Berichtigung dieser Schulden herausziehen durfte.[1]) Mehrere Rechtslehrer gehen noch weiter und knüpfen an die Gütergemeinschaft auch die Folge, daß die überlebende Frau, wenn das gemeinschaftliche Vermögen zur Schuldentilgung nicht hinreicht, auch mit ihrem etwanigen Sondergute, so wie in Zukunft mit Allem, was sie erwirbt, den Gläubigern ihres verstorbenen Ehemannes verhaftet sei.[2]) Mit Recht erklären sich jedoch Heise und Cropp, so wie Pauli, wenn auch zunächst nur in Beziehung auf das Hamburgische und Lübische Recht, gegen eine solche ausgedehnte Haftpflicht der überlebenden Wittwe. (Namentlich führt Pauli in Beziehung auf das Institut des „Bürgen- und Dachding-Austragen" aus, wie ungeachtet der nach den Grundsätzen des germanischen Rechts auf den Bestand der Erbschaft [ursprünglich sogar auf den Bestand der fahrenden Habe] beschränkten Haftungspflicht des Erben für die Schulden des Erblassers, sich schon sehr früh der Grundsatz geltend gemacht zu haben scheine, daß, wer einen verschuldeten Nachlaß ohne Weiteres sich aneigne, den Erbschaftsgläubigern auch mit seinem eignen Vermögen sich verantwortlich mache. Dieser Grundsatz gelte um so mehr bei der Wittwe, als sie beim Tode des Mannes bereits in dessen Gütern sitze, ja sogar die gesetzliche Verwalterin eben dieses für die Schulden des Mannes verhafteten Sammtgutes sei. Es habe sich daher sehr früh und sehr allgemein der Gebrauch gebildet, daß die Wittwe, welche mit ihrem Eingebrachten für die Schulden des Mannes hafte, wenn sie eine Ueberschuldung des Sammtgutes zu besorgen habe, und einer weiteren als jener gesetzlichen Verpflichtung sich entziehen wolle, sofort am Begräbnißtage des Mannes das Sterbehaus mit Zurücklassung aller ihrer zugebrachten Güter räumt, und dabei die Absicht, das Sammtgut wirklich ganz und gar zu derelinquiren und den Gläubigern zu überlassen, durch symbolische Handlung zu erkennen gibt.) Hiernach erscheint das gedachte Institut keinesweges als eine Eigenthümlichkeit eines einzelnen Statutarrechts, sondern als die bloße Ausbildung einer weitverbreiteten, echt germanischen Sitte, die in dem Rechtsbewußtsein des Volkes wurzelt.[3])

---

persönliche Verhaftung herbeizuführen, ihrerseits auch einer Handlung oder Willenserklärung bedürfe, deren verpflichtende Kraft nach den allgemeinen desfallsigen Vorschriften zu beurtheilen sei.

[1]) Runde § 63. v. Gerber § 233.

[2]) Phillips S. 190.

[3]) Vergl. Hagemeister in der Zeitschrift für geschichtl. Rechtsw. III S. 186,

Hiernach ist aber die aufgestellte Frage dahin zu beantworten:

daß die überlebende Wittwe, welche aus der Gütergemeinschaft an sich für die von dem Manne contrahirten Schulden nicht persönlich verhaftet ist, eine solche persönliche Verpflichtung auf sich ladet, also nunmehr erst überkommt, wenn sie in den Gütern sitzen bleibt.

Es bildet sich nun eine Art von Repräsentationsverhältniß, welches der rechtlichen Stellung der Ehefrau in der Gütergemeinschaft ursprünglich fremd ist, und erst jetzt als ein neues Element ins Leben tritt. Die nach dem Tode des Mannes im Besitze des Sammtgutes verbleibende, oft zur uneingeschränktesten Verwaltung und Benutzung desselben gesetzlich berufene Wittwe ist dadurch in die Stellung des bisherigen Familienhauptes getreten, und hat mit dessen Rechten auch seine Verbindlichkeiten überkommen. — Das praktische Bedürfniß mußte auch von selbst dahin führen, in dieser Art das Rechtsverhältniß der in den Gütern sitzen bleibenden Wittwe, den Gläubigern des Mannes gegenüber, aufzufassen. Es würde den Letzteren in den meisten Fällen die Verfolgung ihrer Ansprüche ganz unmöglich gemacht, oder doch auf das höchste erschwert sein, wenn sie nach dem Tode des Mannes von dessen Wittwe sich lediglich auf das etwa noch vorhandene, von ihnen aufzuspürende und nachzuweisende Ehevermögen verweisen lassen müßten. Sie befänden sich dann in einer weit mißlicheren Stellung als die Gläubiger einer mit der Rechtswohlthat des Inventars angetretenen Erbschaft, weil diesen der Benefizial-Erbe durch das von ihm einzureichende Inventar den bei dem Tode des Erblassers vorhandenen Nachlaß selbst nachzuweisen, und bis zum Belaufe desselben mit seinem eigenen Vermögen zu haften hat.

(Es wird hierauf weiter ausgeführt, daß die von den Gläubigern ihres verstorbenen Mannes in Anspruch genommene Wittwe allen gesetzlichen Zwangsmitteln, welche dem Gläubiger gegen seinen persönlichen Schuldner zustehen, also insbesondere auch der Schuldhaft unterworfen ist.)

Es läßt sich nicht verkennen, daß die hier entwickelten Grundsätze zu einer Härte führen können, die um so fühlbarer ist, als unser Recht nicht, wie das ältere, in dem Abdicationsrechte der Wittwe eine Abhülfe bietet.[1] Mit Recht ist daher die neuere Gesetzgebung darauf

---

187. Phillips S. 190 f. v. Gerber § 232 Note 1. Bluntschli § 211. Walter, Deutsch. Rechtsgesch. § 467.

[1] Der Code Napoléon erkennt dieses Abdicationsrecht an art. 1494. vergl. art. 1483. Schletter, Jahrb. der deutsch. Rechtswiss. II S. 57 f.: Es ist ein Fundamentalgrundsatz des französ. Rechts in der Lehre von der ehelichen Gütergemeinschaft, daß der Ehefrau oder ihren Erben bei Auflösung der Gemeinschaft das Recht zustehen soll, sich durch Verzicht auf das Gemein-

bedacht gewesen, der überlebenden Ehefrau durch Gestattung der Rechtswohlthat der Inventarlegung, wie einem Erben, zu Hülfe zu kommen und ihrem neuen Erwerbe auf diese Art einen Schutz gegen die von ihrem Ehemanne allein contrahirten, das gemeinschaftliche Vermögen übersteigenden Schulden zu gewähren.

Das Gesetz, betreffend das eheliche Güterrecht in der Provinz Westfalen ꝛc. vom 16. April 1860 bestimmt:

§ 12. „Wenn die überlebende Ehefrau sich gegen die sonst eintretende Folge sichern will, daß ihr weiterer Erwerb von denjenigen Gläubigern der bisherigen Gemeinschaft, welchen sie nicht aus besonderen Gründen persönlich verhaftet ist,[1]) angegriffen werden könne, so muß dieselbe innerhalb einer gleichen Frist, wie sie den Erben zur Ueberlegung über den Antritt der Erbschaft und Niederlegung eines Inventars gewährt ist, ein Inventar von dem beim Tode des Mannes vorhanden gewesenen gemeinschaftlichen Vermögen gerichtlich niederlegen. Sie erlangt hierdurch den Gläubigern gegenüber in

---

schaftsvermögen der Schuldentheilnahme zu entschlagen oder sich durch Aufnahme eines Inventars der Gemeinschaftsschulden nur bis zum Betrage der noch vorhandenen Aktiven theilhaftig zu machen. Dieses Vorrecht der Frau, welches übrigens so alt ist als das Institut der Gütergemeinschaft selbst, gleicht die Härte wieder aus, welche in dem andern ebenso allgemeinen Grundsatze liegt, daß dem Manne mit Ausschluß der Frau die alleinige Disposition über die Gemeinschaft während der Ehe zusteht, und hängt ebendeshalb mit dem ganzen Systeme der Gütergemeinschaft, wie es sich in Frankreich ausgebildet hat, auf das Innigste zusammen.

[1]) Welter, Handb. über das ehel. Güterrecht in Westfalen § 167: Abweichend von den alten statutarischen Gütergemeinschaften der ersten Rechtsperiode begründet die Gütergemeinschaft des Allg. Landr. und des neuen Provinzialgesetzes nicht unbedingt eine persönliche Verpflichtung beider Eheleute für die auf dem gemeinschaftlichen Vermögen lastenden Verbindlichkeiten, sondern sieht nur das Gemeingut selbst dafür als verhaftet an und betrachtet dabei nur den Ehemann als den Vertreter und Träger desselben für alle von ihm und der Ehefrau gültig contrahirte Schulden als zugleich persönlich verhaftet. Daß die Frau für die von ihr während der Ehe gültig gemachten Schulden nicht persönlich verpflichtet wird, geht auch daraus mit unbedingter Gewißheit hervor, daß das Provinzialgesetz zwischen solchen Schulden unterscheidet, für welche die Ehefrau persönlich verhaftet ist, und solchen, für die sie nicht persönlich verhaftet ist. Zu den Schulden der letzteren Art rechnet es gerade die Schulden des ehelichen Gesammtguts, indem es ihr die Rechtswohlthat des Inventars gewährt, um nach aufgehobener Gemeinschaft ihren weiteren Erwerb gegen die Gläubiger desselben zu sichern.

Vergl. auch Erk. des Ob.-Trib. vom 9. Juli 1857 (Entscheid. B. 36 S. 241 f.).

Beziehung auf dieses Vermögen alle Rechte und Pflichten eines Benefizialerben. — Diese Bestimmungen gelten auch für den Fall der unbeerbten Ehe in Ansehung des Antheils der Ehefrau an der Gemeinschaft." [1])

B. Gemeinschaft des Erwerbes.[2])

§ 662. «Hat zwischen den Eheleuten nur eine Gemeinschaft des Erwerbes obgewaltet, so muß das beiderseitige eigenthümliche Vermögen, nach den im sechsten Abschnitte vorgeschriebenen Grundsätzen, vom Erwerbe abgesondert werden.»

§ 663. «In dem eigenthümlichen Vermögen des Verstorbenen findet wegen der Erbfolge eben das Statt, was außerhalb der Gütergemeinschaft verordnet ist.»

§ 664. «In Ansehung des gemeinschaftlichen Erwerbes wird nach den §§ 637 ff. gegebenen Vorschriften verfahren.»

49. Dithmarsisches Land-Recht von 1567 Art. 34 § 6. „Wat Mann und Fruw in stahnder Eheschop mit einander verwerven, und eer Guth verbeteren, des schölen beide Deele, und ere Erven billich tho gelyke geneyten."

§ 7. „Darüm, so eener sterbet, yt were de Mann effte de Fruwe, de nene Kinder hebben, und een dem andern nene Belatinge gemaket hebbe, so beholt de by Leven blifft, de Helfte des wolgewunnenen Gudes, und de andre Helffte fallt an des Verstorbenen negste Erben, yt sy de Mann, effte Fruw." [3])

Erneuertes Land-Recht des Hertzogth. Württemberg von 1610 Th. IV Tit. 7 § 2. „Und dann hat das im Leben gebliben Ehegemächt (es sey Mann oder Weib) für sein aigne Portion und Angeburniß, von dem in solcher Ehe errungenen und gewonnenen den halben Thail pleno jure innzubehalten." [4])

Land-Recht der Marggrafsch. Baaden ꝛc. von 1710 Th. VI Tit. 5 § 1. „Ferners setzen und ordnen Wir, daß im Fall der Ehemann zuvor zeitlichen Tods verführe, und ehelicher Kinder hinder ihme verließe, alßdann solche

[1]) Welter § 195.

[2]) Phillips, Lehre von der ehel. Gütergemeinsch. S. 278 ff. Witte § 29.

[3]) Die folgenden §§ 8 — 13 enthalten die Vorschriften über die Schuldverhältnisse.

[4]) Die andere Hälfte nebst den Sondergütern des Verstorbenen wird nach den oben Nr. 42 c. angegebenen Grundsätzen vererbt. Die §§ 6 und 7 Tit. 4 enthalten die Vorschriften über die Ergänzung der Einbuße aus der Errungenschaft.

Kinder von den errungenen und gewonnenen Gütern in stehender Ehe die zwey Theil, aber die Mutter den dritten Theil erben sollen."

§ 2. „Hergegen aber, da die Ehefraw vor ihrem Haußwürth mit Tod abgienge, so sollen die Kinder auff solchen Fall ihrer Mutter wegen, von den errungenen Gütern den dritten Theil erben, und dem Vatter die übrige zwen Theil hiervon verbleiben: auch ein jedes Ueberlebendes, es seye gleich Mann oder Fraw, sein herzugebrachte oder ererbte Haab und Güter, sie seyen ligend oder fahrend, nichts außgenommen, zuvorderst hinweg nemmen."

Churf. Mayntzisches Land-Recht von 1755 Tit. III § 1. „Wann in denen Ehe-Pacten dem letztlebenden Ehe-Gatt nicht eine besondere Portion Errungenschaft, oder ein gewisses aus dem Zugebrachten angewiesen, so bekommt, bey erfolgender Abtheilung, der überlebende Mann oder Weib sein Zugebrachtes, und von dem Erworbenen während der Ehe der Mann zwey Drittel, und das Weib einen Drittel." [1])

[1]) Außerdem ist auf die in Kraut's Grundriß § 217 mitgetheilten Rechtsquellen zu verweisen.





Verlag der G. Grote'schen Verlagsbuchhandlung (C. Müller) in Berlin.
Druck von Griebsch & Müller in Hamm.

